

**SEGURO PREVISIONAL: ¿OBSTÁCULO PARA LA MATERIALIZACIÓN DEL
DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL?**

**PAOLA ANDREA VÉLEZ ALZATE
ANDRÉS VELÁSQUEZ GÓMEZ**

**Trabajo de Grado presentado como requisito parcial
para optar por el título de Abogado**

Asesor: CARLOS MANUEL URIBE MESA

**MEDELLÍN
UNIVERSIDAD EAFIT
ESCUELA DE DERECHO
2010**

A nuestras familias, por el apoyo incondicional para que hoy sea una realidad el sueño de ser profesionales.

AGRADECIMIENTO

Al Doctor Carlos Manuel Uribe Mesa, Abogado de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y asesor de este trabajo de grado, por su entera disponibilidad y compromiso para la elaboración del mismo y por ser un gran compañero de trabajo.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	6
1. EL CONTRATO DE SEGURO	9
1.1 NATURALEZA JURÍDICA	9
1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO	14
2. EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y EL SEGURO PREVISIONAL	16
2.1 FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA	16
2.1.1 REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA	17
2.1.2 REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD	18
2.1.3 PARTICULARIDADES DE LA FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES	18
2.2 EL SEGURO PREVISIONAL	20
2.2.1 NATURALEZA JURÍDICA	20
2.2.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL	21
2.2.3 ASPECTOS SUSTANCIALES	25
3. ASPECTOS PRÁCTICOS DEL SEGURO PREVISIONAL EN COLOMBIA	34
3.1 EL PAPEL DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES	34
3.2 EL PAPEL DE LAS ASEGURADORAS	37
3.3 EL PAPEL DEL AFILIADO Y DE LOS BENEFICIARIOS	37
3.3.1 RECLAMACIÓN DE LA PENSIÓN POR LA VÍA ADMINISTRATIVA	39
3.3.2 RECLAMACIÓN DE LA PENSIÓN POR LA VÍA JUDICIAL	44

3.4 ANOTACIONES JURISPRUDENCIALES ADICIONALES	45
3.4.1 PRESCRIPCIÓN	46
3.4.2 COMPETENCIA	49
3.4.3 AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN LA OBLIGACIÓN DE LAS ASEGURADORAS.....	52
3.4.4 OBJETO DEL CONTRATO Y SU PRUEBA	55
3.5 LÍMITES Y ALCANCES FRENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL	57
4. EL SEGURO PREVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.....	62
4.1 CASO CHILE	62
4.1.1 EL SISTEMA DE PENSIONES	62
4.1.2 PENSIÓN DE INVALIDEZ	64
4.1.3 PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA	65
4.1.4 SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA (SIS)	67
4.1.5 FINANCIAMIENTO DE LAS PENSIONES Y AMPARO DEL SEGURO	69
4.1.6 COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y COLOMBIA.....	72
4.2 CASO PERÚ.....	73
4.2.1 EL SISTEMA DE PENSIONES	73
4.2.2. PENSIÓN DE INVALIDEZ	74
4.2.3 PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA	75
4.2.4 EL SEGURO PREVISIONAL	77
4.2.5 REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL SEGURO.....	77
4.2.6 EXCLUSIONES DEL SEGURO PREVISIONAL	78

4.2.7 COMPARACIÓN ENTRE PERÚ Y COLOMBIA.....	79
5. REFLEXIONES FRENTE AL CASO COLOMBIANO	80
5.1 EN CUANTO A LA FORMA DE CONTRATACIÓN	80
5.2 EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL COSTO DE LA PRIMA O PRECIO Y LAS NUEVAS TENDENCIAS DEMOGRÁFICAS Y DE MORTALIDAD EN LA POBLACIÓN COLOMBIANA	81
5.3 EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS CLARAS EN LA RECLAMACIÓN Y EN LA DETERMINACIÓN DE LOS SINIESTROS	82
6. CONCLUSIONES.....	83
BIBLIOGRAFÍA.....	85
ANEXOS.....	89

RESUMEN

En este trabajo se analiza la institución del seguro previsional. Esta es una figura propia de la seguridad social, creada con la Ley 100 de 1993, pero conservando ciertos rasgos característicos del derecho mercantil.

A lo largo de este escrito se identifica el seguro previsional, definiendo sus particularidades a partir de las normas que lo regulan. También se expone el tratamiento que le dan las aseguradoras que lo ofrecen, las Sociedades Administradoras de Fondos de Pensiones que lo toman y las repercusiones para los afiliados y beneficiarios del Sistema General de Pensiones.

Se presentan los conflictos que se suscitan en Colombia a partir de la implementación del seguro, tanto en el ámbito sustancial como procesal y se plantean diferentes posiciones sobre las problemáticas prácticas que se manifiestan en la actualidad.

Bajo el análisis del derecho comparado se hace un recuento de los principales elementos que el seguro previsional presenta en otros ordenamientos jurídicos con sistemas de seguridad social más estructurados y de los que se podría construir una solución integral para la problemática que viene generando este tipo de seguro en nuestro país.

Finalmente, se presentan algunas reflexiones que se consideran jurídicamente viables para remediar los problemas prácticos que se han generado frente al tema. No se trata de una simple enunciación de las dificultades, sino de aportar para la solución de las mismas.

PALABRAS CLAVES

SEGURO PREVISIONAL, SISTEMA GENERAL DE PENSIONES, LEY 100 DE 1993, PENSIÓN DE INVALIDEZ, PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES, RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

INTRODUCCIÓN

La seguridad social en nuestro país ha tenido diferentes tratamientos. Inicialmente, por su ubicación dentro del catálogo de derechos consagrados en la Carta, la seguridad social era un derecho económico con el que se generaba un mandato de progresividad frente al Estado, imponiéndole mejorar el cubrimiento de los riesgos que hoy se encuentran previstos en el Sistema de Seguridad Social Integral.

Con el paso del tiempo, y a partir del desarrollo jurisprudencial que le ha dado la Corte Constitucional al derecho de la seguridad social, esta Corporación venía sosteniendo que este derecho era un derecho fundamental, siempre y cuando estuviera en conexidad con la vida. Se trataba pues, de un derecho de segunda generación, pero si a través de su vulneración estaba en peligro la vida, se entendía que el derecho a la seguridad social era fundamental. Esta fue la tesis que se mantuvo hasta hace muy poco.

Actualmente, la seguridad social es un derecho fundamental en sí mismo y no se necesita acudir al criterio de la conexidad. Basta la simple trasgresión del derecho para que pueda predicarse frente a éste la procedencia de los mecanismos que buscan proteger los derechos fundamentales.

Sin embargo, el sistema de seguridad social tiene un contenido prestacional que lo hace estar inmerso en la dinámica económica del país y presentar problemas propios del tráfico mercantil y financiero.

Es así como este sistema contiene normas e instituciones que simultáneamente regulan la economía y financiación de las prestaciones que el mismo otorga y que

desarrollan de igual forma derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos constitucionalmente. Una de estas instituciones es la del seguro previsional.

El seguro previsional es una figura que ha cobrado especial importancia con el nuevo Sistema de Seguridad Social Integral, y que le es propia al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, aún presenta problemas prácticos por ser una figura sui generis propia de la seguridad social pero con elementos típicos del derecho mercantil.

La velocidad con que se está desarrollando el denominado derecho de la seguridad social y su relación íntima e innegable con el derecho civil, mercantil y propiamente el derecho de seguros, además de las connotaciones que ha venido adquiriendo a nivel económico y judicial, hacen de este trabajo un referente único para la academia, las empresas involucradas en el tráfico previsional, las agremiaciones del sector asegurador y previsional, los jueces y los ciudadanos del común, encontrando en él las posibles respuestas a todas las inquietudes que han surgido en torno a esta “novedosa” y desconocida figura: El Seguro Previsional.

Este trabajo de grado tiene dos objetivos. El **primero** de ellos es caracterizar la figura del seguro previsional, analizar las normas que lo regulan y estudiar los problemas que con él se presentan. Se expondrá como una figura al servicio de la seguridad social, teniendo en cuenta su relevancia en el ámbito mercantil y su desarrollo jurisprudencial.

El **segundo** objetivo es elaborar una construcción jurídica propia en la cual se planteen soluciones a los diferentes problemas que hoy en día suscita la figura del seguro previsional. Se propondrán entonces medios de solución de estos conflictos como estrategias de negociación entre las Administradoras de Fondos de Pensiones y las Aseguradoras que ofrecen el seguro (es decir, que la contratación del seguro permita cierto grado de disposición de las partes), posibles

modificaciones de la normatividad vigente, introducción de elementos de otros ordenamientos jurídicos y participación de la Superintendencia Financiera como ente regulador en la solución de controversias, entre otros.

1. EL CONTRATO DE SEGURO

1.1 NATURALEZA JURÍDICA

El contrato de seguro es el convenio a través del cual una compañía aseguradora, a cambio de una prestación económica denominada prima, se hace cargo de los daños o perjuicios que sufran las personas o bienes asegurados ante la ocurrencia de un hecho que se conoce como siniestro. El pacto puede tener por objeto la cobertura frente a cualquier clase de riesgo, salvo que la misma ley lo prohíba.

En la legislación colombiana el contrato de seguro está desarrollado entre los artículos 1036 y 1162 del Código de Comercio. Sin embargo, se debe tener en cuenta que hasta el artículo 1082 están las normas generales que se aplican a todos los contratos de seguro, y que del artículo 1083 en adelante se regulan específicamente algunos tipos de este contrato.

De acuerdo con el artículo 1036 del Código de Comercio, el contrato de seguro es consensual, bilateral, oneroso, aleatorio y de ejecución sucesiva. Cada una de estas características se define de la siguiente manera:

Consensual: quiere decir que para el perfeccionamiento del contrato se necesita únicamente el consentimiento de las partes contratantes y no es necesaria ninguna formalidad.

De acuerdo con Hernán Fabio López Blanco, “la característica de la consensualidad en el contrato de seguro es de reciente creación legal, pues desde

que se expidió el vigente Código de Comercio y hasta julio de 1997, el tratamiento que recibió este contrato fue el de tipificársele como un contrato solemne”¹.

Bilateral: se entiende por contrato bilateral aquel en el cual los contratantes se obligan recíprocamente, es decir, los unos respecto de los otros. En el caso del contrato de seguro, el asegurador se obliga a pagar la suma asegurada cuando se presente el siniestro y el tomador se obliga a pagar la prima o precio.

Oneroso: es aquel contrato que obliga a los contratantes a dar o hacer alguna cosa. Es un contrato en el cual cada una de las partes estipula una prestación a cambio de la que la otra parte le promete.

Aleatorio: es el contrato que está supeditado a eventualidades de ganancias o pérdidas para cada uno de los contratantes, dependiente de un suceso incierto.

Ejecución sucesiva: Es un contrato que se va cumpliendo en el tiempo y no se agota en un solo acto o hecho.

Además de las características antes señaladas (estipuladas por el artículo 1036 del Código de Comercio), el doctrinante López Blanco dice que este seguro es:

Indemnizatorio: (...) el seguro siempre busca indemnizar una pérdida, la que ocurre por el daño de un determinado bien o la que pueden experimentar personas como consecuencia del fallecimiento del asegurado o una lesión en su integridad física, aunque no puede desconocerse que en ocasiones, ante la posibilidad de designar libremente el beneficiario, no aparece clara la razón por la cual éste vaya a ser indemnizado, cuando no es menester que obligatoriamente exista con el fallecido una relación que pudiera verse afectada por su muerte.

¹ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. 3 ed. Bogotá: Dupre, 1999. P. 22. ISBN 8482722158

(...)

En consideración con la persona: Teniendo en cuenta que forma parte esencial de los riesgos por asumir el denominado riesgo moral, es decir, la mayor o menor potencialidad de peligro que de acuerdo con el grado de educación, formación, cultura y tradiciones que tenga una persona, el seguro es un contrato que siempre se hace en consideración a la persona, puesto que son causa determinante para la aceptación de una propuesta de seguro esas condiciones en el solicitante, lo cual permite un campo de acción más amplio de la teoría del error como vicio del consentimiento, pero sin que pueda extremarse el planteamiento a cuestiones de poca importancia o irrelevantes en la manifestación de voluntad de contratar con el proponente (...)².

Siguiendo con la caracterización de este contrato, vemos que sus partes son el **asegurador**, o sea la persona jurídica que asume los riesgos (Sociedad Anónima que necesita autorización especial de funcionamiento y que es vigilada por la Superintendencia Financiera) y el **tomador**, o sea la persona que obrando por cuenta propia o ajena, traslada los riesgos³. Sin embargo, en el contrato de seguro también pueden intervenir, sin tener el carácter de parte, el asegurado y el beneficiario. El **asegurado** será aquella persona cuya integridad, conducta o patrimonio es protegido mediante la traslación de riesgos. El **beneficiario** es la persona llamada a recibir la suma asegurada o la indemnización cuando se trata de seguros indemnizatorios. En una misma persona pueden converger las calidades de tomador y asegurado o de tomador y beneficiario o las de tomador, asegurado y beneficiario. Esto dependerá del tipo de contrato de seguro y su forma de contratación⁴.

² IBID, p. 50-52.

³ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá. 1971. No. 33.339. Art. 1037.

⁴ IBID, Art. 1047.

Es importante dentro de la naturaleza del contrato de seguro hacer referencia a la ocurrencia del siniestro, esto es, la realización o materialización del riesgo que está asegurado. Una vez ocurrido éste, es obligación del asegurado evitar su extensión y propagación, y proveer el salvamento de las cosas aseguradas. El asegurador deberá compensar los gastos en que haya incurrido el asegurado en cumplimiento de estas obligaciones⁵.

Igualmente, el asegurado está obligado a dar noticia al asegurador de la ocurrencia del siniestro, dentro de los tres días siguientes a la fecha en que lo haya conocido o debido conocer. Esto se conoce como la reclamación. Ese término se puede ampliar por disposición de las partes, mas no podrá ser reducido por las mismas. Sin embargo, el asegurador no puede alegar el retardo o la omisión del asegurado en informarle la ocurrencia del siniestro, si dentro del mismo plazo que tenía para hacerlo interviene en las operaciones de salvamento o de comprobación del siniestro. Sería una notificación tácita de la ocurrencia del mismo⁶.

Por otro lado, directamente relacionado con la anterior obligación, el asegurado debe declarar al asegurador, al darle noticia del siniestro, de la posible coexistencia de otro seguro por el mismo riesgo, indicando cuál es el asegurador y el monto asegurado. Si intencionalmente el asegurado se abstiene de entregar esta información, acarreará la pérdida del derecho a la prestación asegurada⁷.

Si el asegurado o el beneficiario no cumplen con las obligaciones antes descritas, el asegurador sólo podrá deducir de la indemnización el valor de los perjuicios que le hubieran causado dicho incumplimiento.

⁵ IBID, Arts. 1072 y 1074.

⁶ IBID, Art. 1075.

⁷ IBID, Art. 1076.

No solamente el asegurado y el beneficiario tienen obligaciones. Para el asegurador está la obligación correlativa de pagar, únicamente hasta la concurrencia de la suma asegurada, dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, inclusive extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador; vencido ese plazo, el asegurador deberá pagar al beneficiario o asegurado intereses moratorios de una y media veces el interés bancario corriente⁸.

Una vez formulada la reclamación, la renuencia de la aseguradora al pago de la suma asegurada, legitimará al que reclame a ejercer acciones judiciales tendientes al pago. Dicha acción tiene un término de prescripción regulado por el artículo 1081 del Código de Comercio. De acuerdo con este artículo, la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro podrá ser ordinaria o extraordinaria. La primera será de dos (2) años contados a partir del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que sustenta la acción, y la segunda será de cinco (5) años contados desde el momento en que nace el respectivo derecho. Esos términos están consagrados en una norma de orden público, esto es, no pueden ser modificados por la voluntad de las partes. Más adelante se analizará el problema que suscita la institución de la prescripción dentro del seguro previsional.

Dentro del proceso judicial, toma importancia el tema de la carga de la prueba, correspondiéndole siempre al asegurado demostrar la ocurrencia del siniestro y la cuantía de la pérdida si fuera necesario. Por su parte, el asegurador deberá demostrar, a través de la objeción, los hechos o circunstancias excluyentes de su responsabilidad⁹.

⁸ IBID, Arts. 1079 y 1080.

⁹ IBID, Art. 1077.

Por último, es importante hacer referencia a los modos de terminación del contrato de seguro. La mora en el pago de la prima hace que se produzca la terminación automática del mismo y da derecho al asegurador a exigirle al tomador el pago de la prima devengada y de los gastos causados con ocasión de la expedición del contrato. Esto no puede ser en ningún caso modificado por las partes, pues la norma lo prohíbe expresamente¹⁰.

Igualmente, el contrato de seguro puede ser terminado unilateralmente por cualquiera de los contratantes; puede ser revocado por parte del asegurador, mediante nota escrita al asegurado, enviada a su última dirección conocida con no menos de diez (10) días de antelación, contados a partir de la fecha del envío, y por el asegurado en cualquier momento, mediante aviso escrito al asegurador¹¹.

1.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO

De acuerdo con el artículo 1045 del Código de Comercio, son elementos esenciales del contrato de seguro: el interés asegurable, el riesgo asegurable, la prima o precio del seguro y la obligación condicional del asegurador. Por cada uno de ellos se entiende:

Riesgo Asegurable: Es el hecho futuro e incierto que no depende exclusivamente del interés del tomador, del asegurado o beneficiarios y cuya realización, denominada siniestro, hace que se origine la obligación de pagar a cargo de la aseguradora. Los hechos ciertos, a excepción de la muerte, y los físicamente imposibles, no constituyen riesgos asegurables y son, por lo tanto, no susceptibles de plasmarse en un contrato de seguro. Tampoco pueden asegurarse el dolo, la

¹⁰ IBID, Art. 1068.

¹¹ IBID, Art. 1071.

culpa grave y los actos meramente potestativos del tomador, asegurado o beneficiario¹².

Interés Asegurable: Es la relación económica que debe existir entre el asegurado o beneficiarios y el bien o la persona que se está asegurando. Es el desmedro patrimonial o perjuicio económico que sufre el asegurado o beneficiarios como consecuencia de la pérdida o daño de la cosa o de la persona asegurada.

Prima: Es la contraprestación que debe pagar el tomador del seguro, a favor de la aseguradora, por la protección de los bienes o de las personas aseguradas. La prima se debe estipular en la póliza. Dentro del costo del seguro están los siguientes elementos:

- Tasa del riesgo
- Costos de administración
- Comisión de intermediarios
- Utilidad para la compañía aseguradora

Obligación Condicional del Asegurador: Tal y como su nombre lo indica, es la obligación que tiene la compañía aseguradora de pagar el monto asegurado una vez ocurra el siniestro. Esta obligación es condicional porque su nacimiento dependerá en últimas de la materialización del riesgo. Esta condición es de naturaleza suspensiva, pues supedita la obligación a la ocurrencia de un hecho.

Si no se presenta alguno o algunos de estos elementos, el contrato de seguro no producirá efecto alguno.

¹² IBID, Art. 1054.

2. EL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES Y EL SEGURO PREVISIONAL

2.1 FINANCIACIÓN DEL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES EN COLOMBIA

El asunto de la financiación es la esencia misma del Sistema General De Pensiones, dado que la reserva de un determinado capital para cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte es el objeto como tal de éste. La financiación implica determinar la proveniencia del dinero para el pago de una prestación económica por un período de tiempo que apenas puede estimarse, sin determinarse con absoluta certeza.

Los artículos 4°, 5° y 6° de la Ley 797 de 2003, que modifican los artículos 17, 18 y 19 de la Ley 100 de 1993 respectivamente y relativos a la cotización al Sistema General de Pensiones, disponen que el dinero que habrá de reservarse para el disfrute futuro de una pensión de vejez, invalidez o para los sobrevivientes en caso de muerte, debe provenir de los ingresos del cotizante o afiliado activo al Sistema General De Pensiones. La base de cotización será el salario mensual para los trabajadores particulares y los servidores públicos. Para quienes perciben ingreso mediante contrato de prestación de servicios, deberán cotizar por el valor de dicho contrato. Los trabajadores independientes cotizan sobre el ingreso declarado ante la administradora a la cual se afilien.

El artículo 20 de la misma Ley 100, también modificado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003, fija el porcentaje de cotización o aporte al Sistema General de Pensiones en un 13.5% del Ingreso Base de Cotización (IBC). Éste fue aumentando de forma gradual y actualmente es del 16%. La misma norma indica la distribución de este porcentaje una vez se aporta a las entidades

administradoras del Sistema General de Pensiones, que actualmente es el siguiente:

- En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM):
 - Un 13% al Fondo Común de Reparto.
 - Un 3% se reparte entre el pago de la comisión de administración al correspondiente fondo y el pago de la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes.
- En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS):
 - Un 11.5% se destinará a la cuenta individual de ahorro pensional.
 - Un 3% se reparte entre el pago de la comisión de administración al correspondiente fondo y el pago de la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes.
 - El 1.5% restante se destina al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

2.1.1 REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA

En el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM), administrado por el Instituto de Seguros Sociales, los aportes efectuados por todos los afiliados activos se dirigen al Fondo Común de Reparto, cuyo capital es empleado para el pago de las mesadas de su actual nómina de pensionados¹³.

¹³ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 1993. No. 41.148. Arts. 31 y 32.

El Régimen de Prima Media actualmente presenta una situación que pone en peligro su equilibrio financiero: el número de cotizantes activos está decreciendo a medida que la población pensionada crece exponencialmente. Por ser el régimen de carácter público, es el Gobierno Nacional el llamado a cubrir el déficit que presenta el Instituto de Seguros Sociales en materia pensional. Así entonces, las pensiones del Régimen de Prima Media son financiadas por los aportes y por el subsidio del Estado, ya que el dinero aportado por los afiliados alcanza a cubrir apenas entre el 15 y el 20 por ciento de todas las pensiones a cargo del Instituto de Seguros Sociales¹⁴.

2.1.2 REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD

En el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), que administran los fondos privados de pensiones, la financiación dependerá exclusivamente del ahorro propio de cada afiliado, pues no hay un fondo común sino cuentas individuales de capital también llamadas cuentas individuales de ahorro pensional¹⁵.

2.1.3 PARTICULARIDADES DE LA FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES

Para optar por la pensión de vejez en el Régimen de Ahorro Individual se parte de la base de que se cuenta con el capital necesario para la financiación de la prestación económica¹⁶, mientras que en el Régimen de Prima Media el derecho a

¹⁴ Estudio sobre el sistema pensional colombiano “El Sistema Pensional en Colombia: Retos y Alternativas para Aumentar la Cobertura”, publicado por FEDESARROLLO, 2010 y Boletín de Prensa “Principales Indicadores del Mercado Laboral” del DANE, febrero 2010.

¹⁵ IBID, Arts. 59 y 60 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 (15, julio, 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2009. No. 47.411. Art.48).

¹⁶ IBID, Art. 64.

la pensión de vejez se determina por la edad y la cantidad de semanas cotizadas¹⁷. En cambio, en las pensiones de invalidez y sobrevivientes no es posible determinar en qué momento se causará el derecho a la prestación económica, ya que la invalidez y la muerte envuelven cierta aleatoriedad. Aunque se debe cumplir con ciertos requisitos para acceder a una pensión en estos casos¹⁸, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es condición necesaria, para que opere el cobro del siniestro a la aseguradora con la que se ha contratado el seguro previsional, que la suma ahorrada hasta el momento del siniestro por parte del afiliado no sea suficiente para financiar la prestación económica que se exige, invalidez o sobrevivencia.

Por ello las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de contratar para sus afiliados un seguro que cubra el saldo de capital necesario para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes. Éste se denomina seguro previsional. La figura es una manifestación de los principios que rigen el Sistema General de Seguridad Social y busca que el afiliado o su núcleo familiar cuenten con una pensión que impida que queden desprotegidos ante situaciones que ponen en riesgo su bienestar.

¹⁷ IBID, Art. 33 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.079. Art.9).

¹⁸ IBID, Arts. 39 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 860 (26, diciembre, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.415. Art.1°); 46 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.12); 47 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.13); 69; 73; y 74 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.13).

2.2 EL SEGURO PREVISIONAL

2.2.1 NATURALEZA JURÍDICA

El seguro previsional es aquel que por una obligación legalmente consagrada, contrata la sociedad administradora de fondos de pensiones con una entidad aseguradora autorizada para el efecto, con el objeto de garantizar la suma adicional necesaria para cubrir el monto de una pensión de invalidez o sobrevivientes de quien o quienes, cumpliendo los requisitos, no cuentan con el capital necesario para su pago.

Es un **contrato típico**, pues se encuentra nominado en la Ley. A pesar de tomar ciertos elementos normativos del contrato de seguro, es una figura autónoma regida por reglas propias.

El artículo 108 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009, establece que los seguros de invalidez y sobrevivientes **deberán ser colectivos y de participación**. Serán colectivos en cuanto la cobertura se extiende a la totalidad de los afiliados de la administradora de pensiones que toma el seguro y todos ellos hacen su aporte para el pago de la prima. Es importante resaltar que sin importar la base de cotización de cada afiliado en particular, el beneficio del seguro es igual para todos: la suma adicional necesaria para completar el monto de la pensión.

El seguro será de participación, en los términos de la Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996 emitida por la antigua Superintendencia Bancaria, cuando la aseguradora se obliga a repartir utilidades a los afiliados. Esto obedece a que como en todo contrato de seguro, la disminución en la siniestralidad de la póliza implicará una reducción en el valor de la prima, que para el caso del seguro

previsional, se debe ver reflejada en un aumento de capital para la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado.

2.2.2 ELEMENTOS DEL CONTRATO DE SEGURO PREVISIONAL

- **PARTES DEL CONTRATO.** Las partes del contrato de seguro previsional son las siguientes:

Asegurador: Es la compañía de seguros que cuenta con autorización de la Superintendencia Financiera (antigua Superintendencia Bancaria), para celebrar este tipo de contratos. La autorización para explotar el ramo de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia es un requisito exigido por el artículo 1° del Decreto 876 de 1994, que reglamenta el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

Tomador: La administradora de fondos de pensiones es quien se encuentra legalmente obligada a tomar un seguro previsional que cubra a la totalidad de sus afiliados.

- **LAS CALIDADES DE ASEGURADO Y BENEFICIARIO.** El asegurado es el afiliado a la entidad administradora de fondos de pensiones tomadora del seguro. La calidad de afiliado al Sistema General de Pensiones está definida en el Sistema de seguridad Social Integral¹⁹.

Los beneficiarios del seguro son las personas a las que se les paga la pensión, estos son, el afiliado que se invalida o los sobrevivientes de aquel que fallece. La aseguradora desembolsará una suma de dinero a favor de la

¹⁹ IBID, Art. 15, (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art. 3º).

administradora, que tiene la obligación de destinarla al pago de tal pensión, que en el caso del Régimen de Ahorro Individual se hará mediante el aumento del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado que sufre el siniestro hasta completar el capital necesario para financiar la pensión de invalidez o sobrevivencia.

- **RIESGO ASEGURABLE.** El seguro previsional asegura dos tipos de riesgo.

El primero de ellos es la enfermedad o accidente de origen común que afecte la capacidad laboral del individuo. Aquí el siniestro se identifica con la declaratoria de invalidez o de pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior al 50% del afiliado asegurado²⁰.

El segundo riesgo es la muerte, único hecho futuro y cierto asegurable. El siniestro será entonces el fallecimiento del afiliado que venía cotizando para pensión a la administradora de fondos de pensiones que toma el seguro por él²¹.

- **INTERÉS ASEGURABLE.** El interés que se asegura en este caso es la pensión de invalidez o sobrevivientes, pues la pérdida de capacidad productiva de una persona, o la desaparición de aquella que tenía esa posibilidad dentro de una familia, implican un desmedro patrimonial asegurable.

La invalidez y la muerte del afiliado impiden que la persona siga teniendo capacidad productiva y genere el sustento propio y el de su núcleo familiar. En estas circunstancias la pensión suple ese ingreso que deja de percibir un

²⁰ IBID, Arts. 38 y 69.

²¹ IBID, Arts. 46 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art. 12) y 73.

individuo o grupo familiar por la invalidez o la muerte de quien tenía la capacidad de trabajar.

- **PRIMA O PRECIO DEL SEGURO PREVISIONAL.** La prima del seguro previsional es una suma pagada por la administradora de fondos de pensiones en su calidad de tomador del seguro. La prima se paga por la totalidad de los afiliados de la administradora y con el dinero que ellos mismos aportan al Sistema General de Pensiones. Su cuantía debe ajustarse a los requisitos del numeral 3 del artículo 184 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993).

El pago de la prima se hace con sujeción a lo acordado por las partes, de acuerdo a lo establecido en la Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996, expedida por la antigua Superintendencia Bancaria.

Este punto es de libre disposición de las partes en la celebración de cualquier contrato de seguro, no sólo en el previsional. El doctor Hernán Fabio López Blanco sostiene que “En materia de fijación de primas, dentro del sistema legal colombiano desaparecieron los denominados *ramos controlados*, en los cuales las tarifas debían previamente ser aprobadas por la Superintendencia Bancaria, y todos quedaron de relativa libre tarificación, porque cada empresa es autónoma para señalar, conforme a sus condiciones económicas y contratos de reaseguro, la prima que debe cobrar”²².

Tanto el monto de la prima como su forma de pago son puntos de suma importancia en la negociación al momento de contratar el seguro, pues no existe una norma que indique cuál debe ser su monto, o con qué criterios se llega al mismo.

²² LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio, Op. Cit., p. 80.

- **OBLIGACIÓN CONDICIONAL DEL ASEGURADOR.** La obligación condicional del asegurador del previsional será completar el capital necesario para pagar una pensión de invalidez o sobrevivientes en cuanto se verifique la ocurrencia del siniestro.
- **SINIESTRO PARA EL SEGURO PREVISIONAL.** La ocurrencia del siniestro está determinada por dos condiciones. En primer lugar por el fallecimiento del afiliado o el dictamen de la invalidez; hechos que necesariamente deben estar ligados al cumplimiento de los requisitos normativos de reconocimiento de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso²³. Sólo así puede hablarse de siniestro y surge la obligación condicional de la aseguradora.

El valor que debe pagar la aseguradora en virtud de la ocurrencia del siniestro será el capital adicional que se requiera para cubrir la pensión de invalidez o sobrevivientes.

- **RECLAMACIÓN PARA EL SEGURO PREVISIONAL.** El Decreto 876 de 1994, reglamentario del artículo 108 de la Ley 100 de 1993, estipula que la reclamación a la aseguradora del previsional deberá formalizarla la administradora de fondos de pensiones en representación de su afiliado.

La administradora debe presentar la reclamación a la aseguradora dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en que se solicita el beneficio por los sobrevivientes del fallecido o a la firmeza del dictamen de invalidez.

²³ IBID, Arts. 39 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 860 (26, diciembre, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.415. Art.1°); 46 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.12); 47 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.13); 69; 73; y 74 (modificado por: COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003), Op. Cit., Art.13).

El pago por parte de la aseguradora deberá llevarse a cabo dentro de los dos (5) días hábiles siguientes a la fecha de la reclamación, según lo dispone la Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996, de la antigua Superintendencia Bancaria.

2.2.3 ASPECTOS SUSTANCIALES

- **COBERTURA DEL SEGURO PREVISIONAL.** El seguro cubre la suma adicional de capital necesaria para financiar una pensión en dos circunstancias: la invalidez y la muerte de un afiliado al Sistema General de Pensiones. En ambos casos, el amparo del seguro está sujeto al cumplimiento de los requisitos legales de causación del derecho a la pensión de invalidez o de sobrevivientes.

En este sentido, el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, dispone que la pensión de invalidez en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad esté compuesta por el capital proveniente de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional a que haya lugar y “la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes”²⁴. En igual sentido se pronuncia el artículo 77 de la misma Ley en cuanto a la financiación de la pensión de sobrevivientes en este Régimen.

El artículo 31 de la Ley 100 de 1993 establece de forma general la posibilidad para las administradoras del Régimen de Prima Media con Prestación Definida contraten los seguros de invalidez y muerte, teniendo en cuenta lo que disponga para esta figura las normas que la regulan. Ello implica que el

²⁴ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 (23, diciembre, 1993), Op. Cit., Art. 70.

Instituto de Seguros Sociales -como administradora de dicho régimen- está facultado para tomar el seguro previsional o efectuar las reservas para invalidez y sobrevivencia. Las administradoras tienen la obligación legal de tomar medidas tendientes a garantizar las pensiones, sin importar el régimen al cual pertenezcan.

El valor de la indemnización que le corresponde reconocer al asegurador es la suma que complete el monto de una pensión para el afiliado (en caso de invalidez) o a su grupo de beneficiarios (en caso de sobrevivientes).

La cuantía de dicha suma se calcula sumando el ahorro total del afiliado en su cuenta individual y el valor del bono pensional si se tiene derecho al mismo; restando este resultado al cálculo actuarial que cuantifica el capital requerido para financiar la totalidad de la pensión, obteniendo el monto de la indemnización que debe cubrir la aseguradora.

El Doctor Juan Carlos Gaviria Gómez, en concepto rendido a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A. en septiembre de 2005²⁵, enuncia las variables que deben tenerse en cuenta para obtener el valor que debe aportar la aseguradora:

- Para la pensión de invalidez: la edad del afiliado inválido y las características de quienes eventualmente alcanzarían la calidad de beneficiarios de la pensión de sobrevivientes (edad, parentesco, invalidez, calidad de estudiante), en caso de fallecimiento del pensionado por invalidez.

²⁵ GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. Concepto “Contrato de Renta Vitalicia”, presentado a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., 25 de septiembre de 2005.

- Para la pensión de sobrevivientes: se deben tomar como referencia los 3 beneficiarios con mayor expectativa de vida, incluyendo siempre al cónyuge o compañero permanente supérstite, en caso de existir; además del sexo, la edad, el parentesco, la capacidad o invalidez, la condición de estudiante, todo ello para concluir si la pensión será vitalicia o transitoria.

La póliza del seguro previsional también cubrirá el auxilio funerario a quien demuestre haber sufragado los gastos de entierro del afiliado fallecido que reclame su reembolso a la administradora de fondos de pensiones. Así entonces, la administradora podrá repetir contra la aseguradora lo pagado por este concepto²⁶.

La aseguradora deberá cancelar el auxilio funerario en los cinco (5) días hábiles siguientes a la presentación de los documentos que acrediten el pago.

- **PAGO DE LA PRIMA O PRECIO DEL SEGURO PREVISIONAL.** El dinero con el cual se paga la prima a la aseguradora del previsional proviene de los aportes o cotizaciones de los afiliados al fondo de pensiones que toma el seguro para ellos.

El 3% de la cotización para el Sistema General de Pensiones se destina al pago de la comisión a la administradora de pensiones y de la prima del seguro de invalidez y sobrevivientes.

La prima es entonces un componente del aporte realizado por los cotizantes al Sistema.

²⁶ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 876 (2, mayo, 1994). Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 81, 86, 87, 94, 100, 107 y 108 de la Ley 100 de 1993. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.342. Art. 4º.

- **REGLAMENTACIÓN DEL SEGURO PREVISIONAL.** El ordenamiento jurídico colombiano no cuenta con una reglamentación sistemática de la figura del seguro previsional. Tan sólo se hacen ciertas referencias en decretos reglamentarios de la Ley 100 de 1993 y específicamente de su artículo 108, tales como el 718, 876 y 1161, todos ellos de 1994. De igual manera, no existe una reglamentación clara y coherente frente a todas las situaciones que pueden presentarse en la contratación del seguro previsional por parte de la Superintendencia Financiera como ente regulador, tanto de las administradoras de fondos de pensiones como de las compañías aseguradoras.

El Decreto 718 de 1994, en desarrollo del artículo 108 de la Ley 100 de 1993, contiene las normas que deben seguir las administradoras de fondos de pensiones para la contratación del seguro previsional. En el trámite se establece que dichas administradoras deben garantizar la “*libre concurrencia de oferentes*”²⁷ mediante los siguientes mecanismos:

- Difusión de la solicitud de aseguramiento, que permita el libre acceso de oferentes.
- Igualdad de información a quienes presenten ofertas.
- Objetividad en la selección del asegurador, teniendo en cuenta criterios como el patrimonio de la sociedad aseguradora, el grado de solvencia, cobertura de la póliza ofrecida, precios e idoneidad de infraestructura operativa.

En cuanto al margen de solvencia de la compañía aseguradora del previsional, el artículo 17 del Decreto 1161 de 1994 establece que éste debe ser determinado por una reserva técnica en función del monto anual de sus primas o de la siniestralidad en los últimos 3 años.

²⁷ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 718 (6, abril, 1994). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 100 de 1993. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.300. Art.1°.

- Unidad de póliza cuando se escoge una sola aseguradora.
- Periodicidad de la contratación. El seguro previsional deberá renovarse máximo cada cuatro años. En este sentido, el artículo 16 del Decreto 1161 de 1994 estipula que la vigencia de la póliza debe ser no menor a un (1) año y no mayor a cuatro (4). Cuando la administradora inicia operaciones, la póliza debe tener una vigencia de no más de seis meses.
- Publicidad del resultado de la selección. La entidad aseguradora seleccionada, el costo de la prima y el valor de las comisiones de los intermediarios –si los hubo- deben ser publicados en las páginas económicas de un diario de amplia circulación nacional.

La intermediación en la contratación del seguro previsional está permitida. El artículo 18 del Decreto 1161 de 1994 determina que el intermediario debe registrar en los estados financieros con corte al 31 de diciembre de cada año, un monto por comisiones para cada ejercicio anual igual o superior a mil seiscientos (1.600) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

En caso de que haya intermediación en la contratación del seguro previsional, se debe seguir la siguiente regla estipulada en el Decreto 718 de 1994, así:

Artículo 4° PUBLICIDAD DE LA COMISION DE INTERMEDIARIO. La comisión que se le reconozca al intermediario de seguro, si lo hubiere, de los seguros que contraten las sociedades administradoras de fondos de pensiones de que trata el presente Decreto, deberá constar en caracteres destacados en la carátula de la póliza, debidamente individualizada en cifras absolutas o, si se trata de un porcentaje, la indicación de la correspondencia (sic) base de diferencia.

El monto que se ha de indicar es el monto íntegro de la comisión, esto es, el resultante de la totalidad de ingresos

que perciba el intermediario con ocasión de la intermediación de la respectiva póliza.

Si la comisión es variable, por efecto de circunstancias o ajustes posteriores, estos se deberán incluir en los niveles más altos que pueda llegar a alcanzar, sin perjuicio de la explicación adicional que se estime conveniente suministrar mediante documento separado a cerca de la determinación de la respectiva comisión²⁸.

El mismo Decreto establece que la Superintendencia Bancaria (hoy Superintendencia Financiera) es la entidad encargada de evaluar la sujeción de la contratación del seguro previsional a sus normas y de sancionar a las entidades contratantes por el incumplimiento de las mismas, de conformidad con la ley y en especial con los artículos 209 y 211 del Decreto 663 de 1993, conocido como Estatuto Orgánico del Sistema Financiero.

Estas normas, que fueron modificadas por la Ley 795 de 2003, estipulan tanto sanciones individuales a directores, administradores, representantes legales, revisores fiscales o empleados de la institución sujeta a la vigilancia, como sanciones administrativas institucionales para las sociedades vigiladas.

Ahora bien, el Decreto 876 de 1994, también reglamentario del artículo 108 de la Ley 100 de 1993, contiene un aspecto fundamental en la figura del seguro previsional, como se había mencionado anteriormente, el de la **“distribución de utilidades”**²⁹, convirtiendo esta figura en un mandato para las aseguradoras y un fiel reflejo de la naturaleza de este tipo de seguro, colectivo y de participación. Así las cosas, estas entidades deben elaborar un informe de utilidades generadas por las pólizas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes en el mes siguiente al 31 de diciembre de cada año y entregar

²⁸ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 718 (6, abril, 1994), Op. Cit., Art. 4.

²⁹ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 876 (2, mayo, 1994), Op. Cit., Art.1°.

dichas utilidades a la administradora de fondos de pensiones; que a su vez debe abonar este dinero a las cuentas de ahorro individual de todos sus afiliados a la fecha de distribución, a prorrata del aporte para el pago de dicha póliza.

Este mismo Decreto ordena que en caso de cesión del fondo de pensiones, la aseguradora de la administradora cesionaria asumirá los riesgos desde el perfeccionamiento de la cesión. Luego, las primas se pagarán a tal entidad aseguradora.

En este cuerpo normativo se reitera que la entidad encargada de la vigilancia de las pólizas de seguro previsional y su observancia del ordenamiento jurídico es la Superintendencia Financiera de Colombia.

De igual manera estipula que el no pago de la prima del contrato de seguro podrá dar lugar a la terminación unilateral del mismo. En este evento se sujeta al plazo establecido por el artículo 1152 del Código de Comercio. Si la aseguradora decide terminar el contrato por esta causa, está obligada a notificar la terminación unilateral del seguro a la Superintendencia Financiera en los tres (3) días hábiles anteriores a la cesación de efectos del contrato.

Sobre este asunto, el Decreto 1161 de 1994 prescribe que las administradoras serán responsables ante sus afiliados por los perjuicios que cause el retardo en el pago de las primas y obliga a que los extractos de las cuentas individuales de los afiliados contengan la información de la cuantía de las primas como una obligación independiente³⁰.

³⁰ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1161 (3, junio, 1994). Por el cual se dictan normas en materia del Sistema General de Pensiones. Diario Oficial. Bogotá. 1994. Art. 15.

Por último, es importante destacar que la reciente Reforma Financiera -Ley 1328 de 2009- en su artículo 54, modificó el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 y constituye la última norma expedida que hace referencia al seguro previsional, estableciendo un mandato al Gobierno Nacional de reglamentar “(...) la forma y condiciones cómo las sociedades administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad deberán contratar los seguros previsionales para el pago de las pensiones de invalidez y sobrevivencia”³¹. Es pues una oportunidad para que el Gobierno mediante sus entes reguladores redefina las condiciones bajo las cuales se negocia el seguro previsional y busque llenar los vacíos y lagunas legales y prácticas que con esta institución se presentan actualmente.

- **NORMAS SOBRE RECURSOS PROPIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL APLICABLES AL SEGURO PREVISIONAL.**

Inembargabilidad. El artículo 134 de la Ley 100 de 1993 prescribe la inembargabilidad de los recursos propios del Sistema General de Seguridad Social, tales como las pensiones, los del Fondo Común de Reparto del Régimen de Prima Media y sus reservas, de las cuentas individuales de ahorro pensional del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y sus rendimientos, los que cubren bonos y cuotas partes pensionales, y los recursos del Fondo de Solidaridad Pensional. Dentro de este grupo de dineros inembargables también se encuentran los destinados a pagar el seguro previsional de invalidez y de sobrevivientes en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

³¹ COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 (15, julio, 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2009. No. 47.411. Art. 54.

Lo anterior conlleva a concluir que en el evento de la ocurrencia de un siniestro, sea por invalidez o fallecimiento de un afiliado, el valor de la suma adicional que fue pagada por parte de la aseguradora a la administradora de pensiones y consignada en la cuenta individual del afiliado no será objeto de embargo alguno extendiéndose la protección legal y constitucional de los recursos de la seguridad social.

Tratamiento Tributario. El artículo 135 del Estatuto de la Seguridad Social, Ley 100 de 1993, contiene el régimen o tratamiento tributario que reciben los recursos de la seguridad social, entre ellos, las sumas adicionales correspondientes al pago de siniestros de invalidez y sobrevivencia que serán utilizados para financiar las distintas prestaciones económicas que el Sistema General de Pensiones entrega. Estos recursos gozan de exención de toda clase de impuestos, tasas y contribuciones del orden nacional.

Así entonces, las sumas destinadas al pago de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes están exentos del impuesto de renta y complementarios; los servicios de seguros y reaseguros que prestan las compañías aseguradoras del previsional están exentos de impuesto a las ventas o IVA y todos los documentos relacionados con la administración del Sistema General de Pensiones están exentos del impuestos de timbre, incluidos los relacionados con el contrato de seguro previsional.

3. ASPECTOS PRÁCTICOS DEL SEGURO PREVISIONAL EN COLOMBIA

3.1 EL PAPEL DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES

Las administradoras de fondos de pensiones deben cumplir con una serie de mandatos legales que permiten que el Sistema General de Pensiones funcione correctamente y alcance los fines que motivaron su creación.

En primer lugar, están legalmente obligadas a tomar un seguro que cubra la suma adicional necesaria para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes de sus afiliados. El artículo 60 literal b) de la Ley 100 de 1993 prescribe que una porción del aporte efectuado por el cotizante al Sistema General de Pensiones se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y sobrevivientes. La necesidad de la contratación de dicha póliza es reafirmada en los artículos 70, 77 y 108 de la misma normatividad.

También corresponde a las entidades administradoras hacer el estudio de cumplimiento de requisitos legales por parte del afiliado y los beneficiarios para el otorgamiento de la pensión. Este asunto es inherente a su objeto social y en él no tienen injerencia los afiliados ni las entidades aseguradoras que deban responder por el capital faltante de las pensiones a que haya lugar.

Así mismo, las administradoras de pensiones están obligadas a gestionar los recursos para asegurar el capital necesario para pagar las pensiones de sus afiliados. Así, están facultadas para solicitar el pago de bonos pensionales, ejercer acciones de cobro por mora en aportes al Sistema y están legitimadas para hacer la reclamación a la aseguradora del previsional una vez se verifique el siniestro. Ellas están habilitadas para realizar todas estas gestiones y no así el afiliado o

beneficiario, por lo que su comportamiento debe conllevar el mayor grado de diligencia posible. La negligencia de la administradora en adelantar estos trámites hace que ésta responda por la pensión del afiliado o beneficiario, incluso con su propio patrimonio. Así lo estipula el Decreto 656 de 1994 en su artículo 21 al decir que:

(...) cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos.

En general, corresponderá a las administradoras asumir pensiones provisionales con cargo a sus propios recursos en todos aquellos casos en los cuales el afiliado no disponga de la totalidad de las sumas a que tendría derecho para atender su pensión por falta de cumplimiento oportuno y adecuado de sus obligaciones por parte de la administradora (...)³².

En el caso particular de la reclamación a la aseguradora del previsional, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia enfatiza en las repercusiones que tiene para la administradora la negligencia en su actuar. En sentencia del 2 de octubre de 2007, con radicado 30.252 y ponencia del Doctor Eduardo López Villegas, se sostiene que:

³² COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 656 (24, marzo, 1994). Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.283. Art.21.

(...) Si bien la Aseguradora fue llamada en garantía por la Administradora de pensiones,-aspecto pacíficamente admitido por las demandas-lo fue en razón a la obligación especial que el Decreto 656 de 1994, le impone a éstas de gestionar los recursos a que tuviere derecho el afiliado y que se requieren para cubrir la obligación pensional causada, so pena de empezar a pagarlas a su cargo (...) ³³.

Por último, y en consonancia con la obligación recién mencionada, compete a las administradoras vincular a las aseguradoras, con las cuales se haya contratado el seguro previsional, a aquellos procesos que versen sobre el reconocimiento y pago de pensiones de invalidez y sobrevivientes donde sea necesaria una suma adicional para completar su monto.

Esta vinculación se hace a través del llamamiento en garantía, establecido en el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil. Esta figura es procedente en aquellos eventos en los cuales el demandado tenga derecho a exigir de un tercero la indemnización del perjuicio que llegare a sufrir, o el reembolso del pago que tuviere que efectuar, a consecuencia de la sentencia que se llegase a proferir en su contra en el proceso donde fue convocado como accionado.

En este caso, en virtud del contrato de seguro previsional, corresponde a la aseguradora financiar parcialmente el pago de la pensión a la que podría llegar a ser condenada la administradora en el proceso que un afiliado adelante en su contra. De ahí la procedencia del llamamiento en garantía.

³³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.252. Sentencia (2, octubre, 2007). M.P. Eduardo López Villegas.

3.2 EL PAPEL DE LAS ASEGURADORAS

Las aseguradoras son las entidades que asumen el riesgo de completar las pensiones de invalidez o sobrevivientes de los afiliados de una administradora de fondos de pensiones, en virtud del contrato de seguro que celebra ésta con aquella. La asunción de estos riesgos implica proveer los recursos para el pago de la suma adicional necesaria para financiar la correspondiente pensión.

Las compañías de seguros están circunscritas a lo que tiene que ver con el contrato celebrado por ellas con la administradora de fondos de pensiones y no tienen injerencia en lo atinente al reconocimiento del derecho a la pensión de los afiliados, situación fundamental que genera independencia y evita conflictos de interés al momento del reconocimiento de la prestación económica y del cubrimiento del riesgo generado por la ocurrencia del siniestro, sea invalidez o fallecimiento de un afiliado. Por esta razón, sostener por parte de las aseguradoras, que el inválido o los beneficiarios del causante no cumplen con los requisitos establecidos en la ley para el reconocimiento de la prestación económica, no es un argumento válido para eximirse del cumplimiento de su obligación, el pago de la suma adicional.

3.3 EL PAPEL DEL AFILIADO Y DE LOS BENEFICIARIOS

Son los sujetos que gozan de mayor protección en la relación jurídica por razones históricas y de índole constitucional. Desde la creación del Sistema General de Seguridad Social Integral, innumerables sentencias de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y fallos de tutela de jueces de todas las jerarquías han concebido al afiliado y a los beneficiarios de pensión como la parte débil

dentro del sistema, pero además, como aquellos que en virtud de su sometimiento a las entidades vinculadas al mismo, pueden ver afectados derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad humana y el mínimo vital.

Por estas razones la Corte Constitucional ha sido enfática en la protección del sujeto vinculado al Sistema, dándole prevalencia a las prestaciones que se generan a su favor sobre conflictos económicos que surjan entre éste y los empleadores o las entidades administradoras o prestadoras del servicio, sin importar la naturaleza de las relaciones jurídicas o actos jurídicos que los unan.

La jurisprudencia constitucional ha sido reiterada en este sentido. En la sentencia T-971 del 23 de septiembre de 2005, con ponencia del Doctor Jaime Córdoba Triviño y reafirmando su posición, manifiesta la Corporación:

(...) La relación entre la eficacia del derecho fundamental al mínimo vital de los afiliados y beneficiarios a la seguridad social y el adecuado suministro de las prestaciones propias de ese sistema, ha permitido a la jurisprudencia constitucional concluir que las omisiones, las acciones negligentes y, en general, las deficiencias de índole administrativa de las entidades del sistema de seguridad social carecen de un alcance tal que impidan el reconocimiento de las prestaciones mencionadas (...)³⁴.

El seguro previsional no ha sido la excepción a las consideraciones de la Corte Constitucional, que en sede de revisión de procesos de tutela ha dejado de lado las controversias que se suscitan entre las administradoras de pensiones y las aseguradoras, ordenando el pago de pensiones de afiliados -sin importar inicialmente de dónde provenga el capital para su pago-, que se encuentran en un

³⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-971 (23, septiembre, 2005). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

alto grado de vulnerabilidad de sus derechos al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas.

Sin embargo, no siempre es necesario que el afiliado tenga que acudir a la acción de tutela para el efectivo reconocimiento de sus derechos. Dicha acción requiere que la persona se encuentre en una situación extrema, razón por la cual antes de acudir a este mecanismo se deben agotar los trámites que han consagrado las normas para el reconocimiento de pensiones y las acciones judiciales ordinarias dispuestas para tal fin.

Esto conlleva al análisis del papel del afiliado en dos escenarios diferentes: la reclamación administrativa y la reclamación judicial.

3.3.1 RECLAMACIÓN DE LA PENSIÓN POR LA VÍA ADMINISTRATIVA

Este trámite debe ser iniciado por el afiliado o sus sobrevivientes, dependiendo de la pensión que se pretenda, invalidez o sobrevivencia, presentando una solicitud de reconocimiento de la prestación.

Presentada la reclamación de reconocimiento de la prestación económica, se sigue un estudio al interior de la administradora de fondos de pensiones, en el cual se revisa el caso concreto del afiliado o de los beneficiarios, verificando si se dan las condiciones exigidas legalmente para acceder al derecho prestacional. Este procedimiento es completamente ajeno al reclamante y dependerá exclusivamente de la entidad la declaratoria de la existencia o no del derecho reclamado.

Este estudio no puede prolongarse injustificadamente en el tiempo. La administradora no podrá exceder unos términos previamente establecidos para responder a estas peticiones. Es así como la Circular Externa 035 de 2004 emitida

por la antigua Superintendencia Bancaria hace una compilación de los plazos legales de reconocimiento y pago de pensiones:

(...) el deber de diligencia que deben adoptar las administradoras del sistema general de pensiones, ha venido siendo precisado en las siguientes disposiciones legales y pronunciamientos jurisprudenciales que señalan plazos y términos de obligatorio cumplimiento en el reconocimiento y pago de las prestaciones pensionales a sus afiliados y beneficiarios:

Regla general sobre el plazo para el pago de pensiones

Respecto del pago de pensiones, cualquiera sea el tipo de que se trate, señala el artículo 4° de la Ley 700 de 2001 que “los operadores públicos y privados del sistema general de pensiones y cesantías, que tengan a su cargo el reconocimiento del derecho pensional, tendrán un plazo no mayor de seis (6) meses a partir del momento en que se eleve la solicitud de reconocimiento por parte del interesado para adelantar los trámites necesarios tendientes al pago de las mesadas correspondientes”.

Lo anterior significa que, sin perjuicio de los plazos especiales que haya señalado la ley para efectuar el reconocimiento de los derechos pensionales de un peticionario, las entidades administradoras del sistema general de pensiones tienen no más de seis (6) meses contados a partir de la fecha en que hayan recibido la solicitud completa de reconocimiento, para adelantar los trámites que se requieran para iniciar el pago de las mesadas correspondientes. En otros términos, por regla general el pago de las mesadas debe iniciarse a más tardar seis (6) meses después de iniciado el trámite para el reconocimiento, sin perjuicio de las reglas especiales de plazo que sobre este último se hayan señalado en las normas legales.

En tal sentido, si un peticionario o solicitante inicia un trámite de reconocimiento de pensión y la entidad vigilada al adelantar dicho procedimiento (en los plazos que señale la ley para tal efecto) encuentra que ha cumplido con los

requisitos establecidos en la ley para reconocérselo, tendrá un plazo no mayor a seis meses, contados desde el momento en que se inició el trámite correspondiente con la totalidad de la documentación requerida, para incluir al petionario dentro del procedimiento de pago de las mesadas.

Reglas sobre el reconocimiento del derecho pensional

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 4º de la Ley 700 de 2001 en materia de pago, existen además las siguientes reglas especiales sobre plazos para el trámite de reconocimiento de pensiones, y que, igualmente, deben ser cumplidos por las entidades administradoras del sistema general de pensiones una vez reciban la totalidad de los documentos que se requieren para su trámite:

Regla aplicable a la pensión de vejez

Tratándose del reconocimiento de la pensión de vejez, señala el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, (modificado mediante el artículo 9º de la Ley 797 de 2003) que “Los fondos encargados **reconocerán** la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte” (Resaltado nuestro).

Regla aplicable a la pensión de sobrevivientes

Tratándose de pensión de sobrevivientes, el artículo 1º de la Ley 717 de 2001 señala que “El **reconocimiento** al derecho a la pensión de sobrevivientes por parte de la entidad de Previsión Social correspondiente, deberá efectuarse a más tardar dos (2) meses después de radicada la solicitud por el petionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho” (Resaltado nuestro).

Regla aplicable a la pensión de invalidez

Respecto de la pensión de invalidez, debe seguirse la jurisprudencia de la Corte Constitucional.

En efecto, ha señalado la Corte que en materia de reconocimiento de pensiones debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 19 del Decreto 656 de 1994 según el cual:

“El Gobierno nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.”

Como quiera que, a diferencia de lo que sucede con la pensión de vejez y la de sobrevivientes, hasta el momento no hay norma alguna que fije un término diferente para el reconocimiento de la pensión de invalidez, ha indicado la Corte que debe aplicarse el plazo máximo de cuatro (4) meses establecido en el artículo 19 transcrito. (Ver Sentencia de Unificación 975 de 2003)

Se entiende que los plazos para el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez comienzan a correr una vez el interesado presente la solicitud acompañada de toda la documentación que se requiere para tales efectos (...)³⁵.

Así las cosas, en caso de mora en la respuesta a la solicitud o en el reconocimiento de la pensión, el afiliado o los beneficiarios podrán instaurar las acciones judiciales que propenden por la satisfacción de los mismos, entre ellas la acción de tutela en caso de que se esté vulnerando un derecho fundamental o se esté configurando un perjuicio irremediable para el afiliado o los beneficiarios de la prestación económica.

Cuando la administradora haya realizado el análisis de reclamación de pensión hecha por el afiliado o los beneficiarios, la misma tomará la determinación de reconocer o no el derecho a la pensión correspondiente. En caso de que la decisión sea favorable, la administradora deberá estimar el capital necesario para

³⁵ COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular Externa 035 (3, septiembre, 2004) “Adopción de procedimientos para el cumplimiento de plazos en el reconocimiento y pago de pensiones”. Bogotá, 2004.

la financiación de la pensión. En caso de necesitar completar dicho capital, se procederá a adelantar reclamación frente a la aseguradora del previsional por la suma adicional necesaria para el financiamiento de dicha pensión. Esta reclamación se hace mediante la presentación ante la aseguradora, por parte de la administradora del fondo de pensiones, de una solicitud formal por escrito reportando la ocurrencia del siniestro, en los términos previstos en el Decreto 876 de 1994 y que fueron expuestos anteriormente. No obstante, cada administradora podrá, junto con la aseguradora con la cual contrató el seguro previsional, establecer dentro del contrato el procedimiento para efectuar dicha reclamación.

Ahora bien, en el evento de que la aseguradora con la cual se ha contratado el seguro previsional por parte de la administradora de pensiones, se negare al pago arguyendo algún motivo relacionado con la póliza, por ejemplo, prescripción, se configuraría una controversia de tipo legal que deberá dirimirse en los estrados judiciales.

La administradora podrá y deberá entonces adelantar un proceso tendiente a que se declare la responsabilidad de la aseguradora por dicha suma de dinero. En todo caso, el trámite procesal no puede enervar el goce efectivo de la pensión y por eso la administradora deberá responder provisionalmente por la totalidad de la mesada con recursos propios y de la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado³⁶.

Así lo sostiene la Corte Constitucional en la misma sentencia T-971 de 2005 antes mencionada, al decir que:

(...) En ese sentido, ante la renuencia de la aseguradora en cubrir el valor de las sumas adicionales, corresponde a la

³⁶ COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 656 (24, marzo, 1994), Op. Cit., Art. 21.

entidad demandada, en su condición de responsable de la prestación económica, ejercer las acciones legales tendientes al pago del siniestro, sin que pueda diferir el reconocimiento y pago de la pensión a las resultas de ese litigio, pues ello constituiría una carga irrazonable para el beneficiario de la prestación (...).

La posición de la Corte ha permanecido inalterada. La sentencia T-236 del 30 de marzo de 2007, con ponencia del Doctor Manuel José Cepeda Espinosa, reproduce el criterio jurisprudencial en los siguientes términos³⁷:

Así entonces, la Corte estima que la negativa de Colfondos al reconocimiento de la pensión solicitada con base en la controversia contractual alegada, no obstante haber cumplido con los requisitos que la ley le impone para el goce efectivo de su derecho, constituye una afectación a los derechos fundamentales de la actora, en tanto que pone en grave riesgo su derecho al mínimo vital. Por tanto, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá la tutela como mecanismo definitivo de los derechos invocados dada las especiales circunstancias que rodean a la accionante y el hecho de que no cuenta con instrumentos judiciales ordinarios que resulten eficaces para lograr la adecuada protección de los derechos constitucionales³⁸.

3.3.2 RECLAMACIÓN DE LA PENSIÓN POR LA VÍA JUDICIAL

Si la administradora toma la decisión de negar la pensión al afiliado o los beneficiarios por el no cumplimiento de los requisitos legales, pero estos disienten de las razones que la llevaron a tal conclusión; o si aquella se niega al pago por

³⁷ Sobre este asunto, la Corte se pronunció, entre otras, en las sentencias T- 401 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil; T-971 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-328 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; C-177 de 1998; SU-562 de 1999.

³⁸ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-236 (30, marzo, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

insuficiencia de capital; o no se pronuncia sobre la solicitud realizada; quien pretende el reconocimiento de la pensión podrá acudir a la jurisdicción y controvertir tales circunstancias.

En este eventual proceso judicial incoado por el afiliado o los beneficiarios, la administradora deberá vincular a la aseguradora mediante el llamamiento en garantía, pues el resultado de éste puede tener repercusiones sobre la obligación condicional que tiene la segunda frente a la primera.

3.4 ANOTACIONES JURISPRUDENCIALES ADICIONALES

Una vez revisado el papel que juegan en el contrato de seguro previsional las administradoras, las aseguradoras y los afiliados y beneficiarios, se mostrarán algunas anotaciones adicionales de la jurisprudencia sobre ciertos rasgos del seguro a los que ha tenido posibilidad de referirse. Es así como se tratarán las problemáticas referentes a la figura de la prescripción, la competencia, la ausencia de solidaridad en la obligación de las aseguradoras y el objeto del contrato y su prueba.

Cabe resaltar que las sentencias citadas en este apartado son las únicas en las cuales la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre aspectos de fondo del seguro previsional.

Aún no constituyen doctrina probable, pues no existen tres pronunciamientos en igual sentido sobre el mismo punto de derecho³⁹. Las tesis sostenidas por la Corte en estos fallos constituyen apenas un parámetro para dirimir conflictos que se

³⁹ COLOMBIA. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA. Ley 153 (15, agosto, 1887). Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887. Diario Oficial. Bogotá. 1887. Nos. 7.151 y 7.152. Art. 10.

presentan en torno a la figura del seguro previsional, aunque no debe pasarse por alto el valor de su jurisprudencia por ser el órgano de máxima jerarquía dentro de la jurisdicción laboral y de la seguridad social.

3.4.1 PRESCRIPCIÓN

Las aseguradoras han asumido la posición de que el contrato de seguro está regulado en el Código de Comercio y por ende el tema de la prescripción de esta clase de actos se rige por su artículo 1081, siendo el término prescriptivo ordinario de dos (2) años, el cual comienza a correr una vez el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, y siendo el término prescriptivo extraordinario de cinco (5) años, el cual empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

En sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral del 21 de noviembre de 2007, con radicado 31.214 y ponencia del Doctor Luis Javier Osorio López, esta corporación sostiene que:

(...) Pues bien, visto lo anterior le asiste razón a la censura y se equivoca el Tribunal al considerar que la prescripción de esta clase de seguro previsional, se gobierna por lo regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio (...).

En efecto, debe comenzar la Sala por acotar, que la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al RAIS, en los términos del artículo 77 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, se financia con “los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias” y “el bono pensional si a ello hubiere lugar”, y en el evento de que lo acumulado en la cuenta individual no sea suficiente, para su financiación concurre el pago de una “suma adicional” que entra a completar el capital, la cual “estará a cargo de la aseguradora”.

(...)

Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional, como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes, así las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero.

Hasta lo aquí dicho, se colige que el Juez de apelaciones erró al aplicar la norma comercial y determinar con base en ella que estaban prescritos los derechos derivados de la póliza del seguro previsional tomada por Colfondos S.A. a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A..

En estas condiciones, la controversia queda circunscrita a definir cuál es el término de prescripción de las sumas aseguradas y bajo qué normatividad se regula, o, si como lo sostiene la sociedad recurrente el derecho de amparo del seguro previsional a reclamar entre entidades, esto es, el que le asiste a la administradora de pensiones frente a la compañía de seguros, en verdad no prescribe.

Para esclarecer este puntual aspecto, primeramente es de destacar que respecto del afiliado o sus causahabientes la reclamación de la existencia del derecho, por tratarse de una pensión, para el presente asunto de sobrevivientes, en lo que atañe a su reconocimiento o derecho en si mismo, no tiene término de prescripción como lo ha sostenido insistentemente la jurisprudencia de la Corte, así esa prestación deba financiarse para completar su capital, con un aporte adicional a cargo de una aseguradora.

Así mismo, importa decir que la obligación del reconocimiento de la “suma adicional” que completa ese

capital de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso, que es el derecho que ampara el citado seguro previsional, realmente se hace exigible es cuando se concede la respectiva pensión por el lleno de los requisitos legales, por parte de la administradora de pensiones de manera directa o por decisión judicial en la eventualidad de una controversia, dicho en otras palabras, es a partir del momento en que se otorga la prestación pensional que se puede entender causado el derecho a que se traslade al tomador el aporte adicional que corresponda a la aseguradora. De lo contrario, se harían nugatorios los efectos de la póliza vigente para la época del siniestro y de la norma legal que prevé la financiación de las aludidas pensiones tomando como un componente necesario esa suma o aporte adicional, que se indica una vez más, busca integrar el capital para el pago de la prestación, en aquellas situaciones que no resulte suficiente lo que se tiene en la cuenta individual del afiliado al RAIS.

De tal modo, que si el establecimiento del hecho, que no es otro que el reconocimiento de la pensión que genera el derecho al amparo del seguro previsional no prescribe, éste tampoco puede prescribir, por estar ambos estrechamente ligados como un todo jurídico.

(...)

En definitiva, los derechos que emanen del mencionado seguro previsional de la seguridad social, para efectos de trasladar los recursos faltantes para financiar la pensión al tomador que lo es el fondo de pensiones y a favor de uno de sus afiliados, en puridad de verdad, como quedó visto, son imprescriptibles, manteniéndose en esta forma latente la posibilidad de llamar en cualquier tiempo a responder a la aseguradora por esa suma adicional que se comprometió a pagar en la correspondiente póliza existente y vigente para cuando acaeció la contingencia de la invalidez o la muerte (...)⁴⁰.

⁴⁰ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 31.214. Sentencia (21, noviembre, 2007). M.P. Luis Javier Osorio López.

Esta posición ya había sido planteada someramente por la misma Sala de la Honorable Corte en la sentencia 30.252 del 2 de octubre de 2007, Magistrado Ponente Doctor Eduardo López Villegas.

La razón jurídica que lleva a la Corte a adoptar esta posición frente a la prescripción radica en la irrenunciabilidad del derecho a la pensión consagrada en el artículo 48 de la Constitución Política. La Corte tiene en cuenta el principio jurídico de que lo accesorio corre la suerte de lo principal, pues en sus fallos claramente ha establecido que, en los términos de la Ley 100, el seguro previsional constituye un elemento de financiación de las pensiones y que como el derecho a la misma no prescribe, tampoco podrá prescribir el amparo del seguro.

3.4.2 COMPETENCIA

En una controversia suscitada entre una administradora y una aseguradora respecto a la competencia de los jueces laborales o civiles para conocer los asuntos derivados del seguro previsional, sostuvo la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., en sentencia del 5 de febrero de 2009, Magistrada Ponente Doctora Ana Celmira Trujillo Tarazona, que:

(...) Para esta Sala no le merece ningún reparo la decisión del A-quo que encontró como no probada la excepción de prescripción. Pues conforme lo dispone el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria conoce de las controversias referentes al Sistema de Seguridad Social Integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan; (...) por lo que esta Sala al igual que lo decidido por el A-quo, considera, que la

competencia para dirimir los conflictos surgidos con los contratos de seguro previsional celebrados entre una Administradora de Pensiones y una Compañía de Seguros corresponde a la jurisdicción especializada del Trabajo y de la Seguridad Social, por tratarse de temas referentes al Sistema Integral de Seguridad Social, independientemente de que la litis del proceso, se haya trabado entre una entidad administradora de pensiones CITICOLFONDOS S.A. (demandante), con una compañía aseguradora, como lo es SEGUROS DE VIDA COLPATRIA S.A, (demandada), entidad que si bien no se encuentra taxativamente enunciada dentro de los sujetos que indica la norma procesal laboral, no es menos cierto, que la finalidad plasmada en la Ley 100 de 1993 permite abarcar aspectos que tienen su esencia específica, en el reconocimiento y pago de prestaciones sociales económicas establecidas a favor de los afiliados y beneficiarios de la Ley 100 de 1993, las cuales están a cargo de las entidades que conforman el Sistema Integral de Seguridad Social, así como las que se suscitan sobre los servicios complementarios contemplados en la misma Ley 100 (...) ⁴¹.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia del 15 de octubre de 2008, con radicado 30.519 y ponencia de las Doctoras Isaura Vargas Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón, sostuvo que:

(...) Debe comenzar la Sala recordando que en virtud del numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria laboral conoce de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

⁴¹ BOGOTÁ. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. SALA LABORAL. Sentencia (5, febrero, 2009). M.P. Ana Celmira Trujillo Tarazona.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 100 de 1993 estatuye que el sistema general de seguridad social integral *“comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro”* (subrayado fuera de texto).

A su vez el artículo 59 ibídem establece que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual se encuentra afiliado el actor, *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título”*.

(...)

Y siendo lo precedente así, como efectivamente lo es, resulta forzoso arribar al colofón de que es el juez del trabajo el competente para conocer de las controversias que se susciten entre los afiliados y los entes que conforman el sistema general, entre ellos, las compañías aseguradoras, como quedó discurrido.

Pensar diferente sería tanto como desconocer el elemento teleológico o el querer del legislador, dado que con la expedición de la Ley 712 de 2001, y en desarrollo del principio de la unidad de materia, buscó, dada la especialidad del tema, radicar en cabeza de los jueces laborales el conocimiento de dichos conflictos emanados del Sistema General de Seguridad Social Integral (...) ⁴².

Las compañías de seguros han planteado la excepción de falta de jurisdicción y competencia de los jueces laborales en procesos que giran en torno al contrato de seguro previsional. Esta excepción la han fundamentado en que el numeral 4º del

⁴² COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.519. Sentencia (15, octubre, 2008) MM.PP. Isaura Vargas Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón.

artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social no menciona expresamente a las aseguradoras como destinatarias de tal norma y que en virtud del negocio celebrado, consideran que estos asuntos deben ventilarse ante los jueces civiles.

Estiman que la norma citada es medianamente clara frente al tema y que no es del espíritu de la misma asignar competencia a la jurisdicción laboral en las controversias que se susciten por el seguro previsional. En su entender, la celebración de este tipo de contratos se da entre dos personas mercantiles de derecho privado: por una parte una compañía administradora de fondos de pensiones y por otra una compañía de seguros, y por ello de ninguna manera se le puede extender la competencia a la jurisdicción ordinaria laboral para resolver conflictos de carácter comercial.

A su vez, consideran que en dichos contratos se estipula que las normas aplicables serán las contenidas en el Título V del libro IV del Código del Comercio y en la Ley 45 de 1990 (que regula la actividad aseguradora).

3.4.3 AUSENCIA DE SOLIDARIDAD EN LA OBLIGACIÓN DE LAS ASEGURADORAS

En procesos de reclamación por la vía judicial de pensiones de invalidez y sobrevivientes promovidos por los afiliados o sus beneficiarios contra las administradoras de pensiones, en los que la aseguradora interviene mediante el llamamiento en garantía (esto en razón de la obligación de las primeras de gestionar los recursos necesarios para el pago de las pensiones so pena de asumirlas con su propio patrimonio), ha sido un error recurrente la exoneración de las llamadas en garantía con base en la ausencia de solidaridad entre ambas compañías en el pago de la pensión.

Así por ejemplo, en sentencia del 15 de octubre de 2008, radicado 30.519, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en proceso de reconocimiento de pensión de invalidez contra la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. –COLFONDOS-, en el cual se absolvió a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. (llamada en garantía) porque en la póliza suscrita con la demandada decía que su obligación era pagar la suma adicional requerida para completar el capital necesario para financiar la pensión. De esta forma el Tribunal confunde el tema de la solidaridad con el de la subsidiariedad, dado que la obligación a cargo de las aseguradoras de pagar la suma adicional que haga falta si el capital de la cuenta individual no es suficiente, es subsidiaria.

En la sentencia de la Corte, cuya ponencia estuvo a cargo de las Doctoras Isaura Vargas Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón, se afirma que:

(...) En cuanto al fondo del asunto, el juez de apelación para revocar lo dispuesto por el A quo en torno a la solidaridad de la Aseguradora Colseguros S.A., llamada en garantía, asentó que “no se debe condenar solidariamente a la accionada con la empresa llamada en garantía, porque de conformidad con la póliza de Seguros Previsionales de invalidez y Sobrevivencia, que se anexó al proceso obrante entre los folios 89 a 96, entre las condiciones generales, se estipuló <la Compañía cubre a los afiliados al régimen de ahorro individual, vinculados al fondo de pensiones administrados por la sociedad indicada en esta póliza y se obliga a pagar, en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario correspondiente al afiliado que sea declarado invalido por un dictamen en firme o que fallezca y genere pensión de sobrevivientes, siempre que tales eventos sean consecuencia de riesgo común, ocurran dentro de la vigencia de esta póliza y cumplen con los

siguientes requisitos>. Como se puede deducir del amparo de la póliza, la compañía aseguradora está respondiendo solo por la suma adicional que falte para completar el capital necesario para otorgarle la pensión al afiliado que sea declarado inválido. Por tanto, no se obliga a responder solidariamente a la compañía aseguradora, sino por una suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión, que corresponda al afiliado que sea declarado inválido por un dictamen en firme” (folios 236 y 237, cuaderno 1).

La inconformidad de la censura con la decisión del Tribunal estriba, en rigor, en que “la conclusión según la cual no procedía una condena solidaria sobre la pensión de invalidez, no conlleva per se la absolución de la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. Por esta vía el Tribunal llegó a hacer nugatorios los efectos de la póliza legalmente contratada, y del llamamiento en garantía legalmente efectuado en el procedimiento del trabajo y de la seguridad social, y esa circunstancia tuvo plena incidencia en la aplicación del derecho sustancial en el caso litigado, ya que implicó que la aseguradora, en el concierto de sus deberes en el marco del sistema integral de seguridad social en pensiones, no responda por las obligaciones contraídas por causa del seguro previsional ” (folio 15, cuaderno 2).

Puestas así las cosas, observa la Corte que el Tribunal, en puridad, se equivocó en los términos que le achaca la recurrente, toda vez que efectivamente la entidad aseguradora debe responder a la luz de lo establecido en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 2º del Decreto 718 de 1994, 15 y s.s. del Decreto 1161 de 1994, 8, 11 y 12 del Decreto 832 de 1996 y en el Decreto 1515 de 1998, por la suma que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez del actor.

Ahora, si bien la entidad aseguradora no es solidaria con el fondo demandado en lo que atañe con el pago de la pensión de invalidez, como acertadamente lo concluyó el juez colegiado, ello no es razón para que la llamada en garantía se sustraiga de la obligación legal que grava en asumir la suma adicional para sufragar dicha prestación (...)⁴³.

⁴³ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.519. Op. Cit.

En sentencia del 2 de octubre de 2007, radicado 30.252, M.P. Eduardo López Villegas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ya había dilucidado el asunto, al sostener que la obligación de la aseguradora es independiente y puede desligarse de la prestación a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: “En la contestación de la demanda la Aseguradora interpuso la excepción de ausencia de solidaridad que no ha de tener prosperidad si ésta no es el fundamento de la condena, pues no se trata de asumir la obligación que está en cabeza de un tercero, sino de la suya propia, como es la de aportar una suma adicional para integrar el capital constitutivo de la pensión de sobrevivientes”⁴⁴.

3.4.4 OBJETO DEL CONTRATO Y SU PRUEBA

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia aborda el tema del objeto del contrato de seguro previsional y de la prueba del alcance de la obligación de las aseguradoras en la sentencia 30.252 del 2 de octubre de 2007, ponencia del doctor Eduardo López Villegas.

En este fallo la Sala casa parcialmente una sentencia del Tribunal Superior de Medellín en la cual la administradora COLFONDOS S.A. es condenada al pago de una pensión de sobrevivientes, pero la llamada en garantía aseguradora COLSEGUROS S.A., es absuelta de los cargos formulados contra ella en el escrito de llamamiento. La absolución se sustenta en que no obra en el expediente el contrato celebrado entre la llamante y la llamada en garantía y que ello no permite determinar el alcance de la obligación de la aseguradora, pues no hay pruebas en el proceso de las condiciones de la póliza de seguro previsional.

⁴⁴ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.252, Op. Cit.

En la sentencia de casación señala la Corporación:

(...) Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

(...)

El objeto del aseguramiento es definido por la ley, y como imperativo que es, se reproduce en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, y consiste en garantizar la existencia de capital suficiente para financiar la pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa a favor del afiliado o de sus beneficiarios, esto es del valor actual de la pensión de referencia respectiva, integrándolo con la suma adicional que le falta al acumulado por aportes obligatorios y bono pensional si lo hubiere, en la cuenta de ahorro individual.

La pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa es la que genera el derecho al amparo del seguro.

En este marco basta con la regulación legal-artículo 108 de la Ley 100 de 1993-y la reglamentaria-artículos 15 y 18 del Decreto 1161 de 1994-, para definir el contenido de la obligación de aseguramiento respecto al afiliado; con esto se advierte además que la relación de aseguramiento previsional es de carácter reglamentario, como corresponde a las relaciones de la seguridad social.

De esta manera el objeto del aseguramiento es el definido en el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, en los términos de garantizar *la suma adicional que sea necesaria completar el capital que financie el monto de la pensión de*

sobrevivientes, al mismo que remite la póliza visible a folio 57.

Lo anterior sin perjuicio de entender que algunos aspectos de la relación de aseguramiento quedan definidos en la Póliza de Aseguramiento de la pensión de Invalidez y Sobrevivientes, como el de la existencia, o la vigencia de la misma, la que en el *sub lite*, estaba por fuera del debate probatorio, por haber sido admitidas por la entidad aseguradora llamada en garantía⁴⁵.

La Corte estima que el objeto del contrato de seguro previsional está legalmente definido y que de las normas se infiere claramente el alcance de la obligación de la aseguradora, por lo cual no es necesario aportar la póliza, siempre y cuando medie confesión por parte de la aseguradora de la celebración del contrato y la vigencia de la misma para el momento del siniestro.

3.5 LÍMITES Y ALCANCES FRENTE A LA SEGURIDAD SOCIAL

El seguro previsional fue concebido en Colombia como una figura de derecho comercial al servicio de la seguridad social. Tiene como objetivo permitir que para un mayor número de colombianos en condiciones adversas sea posible disfrutar de una pensión, manteniendo así una vida digna.

Sin embargo, no fue legalmente desarrollada con la minucia necesaria para que opere plenamente. Tenemos actualmente un seguro previsional que adolece de una regulación juiciosa, razón por la cual se presentan un sinnúmero de obstáculos jurídicos y prácticos que impiden que alcance el propósito para el cual fue creado.

⁴⁵ IBID.

El seguro previsional enfrenta al derecho comercial con el derecho de la seguridad social. Se negocia, se contrata, comparte los elementos y características de cualquier otro contrato de seguro que sin duda alguna tiene carácter mercantil. Pero es contratado por un ente que administra recursos del Sistema General de Seguridad Social, pagado con estos recursos y de él se benefician los ciudadanos vinculados al mismo, pues como ya se dijo, su finalidad es financiar pensiones.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza del seguro previsional? ¿Cuáles normas son aplicables para dirimir las controversias que en torno a él se originan? ¿Se deben seguir taxativamente las normas del seguro comercial o estas normas están jerárquicamente en un grado inferior cuando chocan con el derecho de la seguridad social, que ya es incluso considerado como derecho fundamental?⁴⁶

Las normas mercantiles -compiladas en el Código de Comercio y otras leyes que lo complementan- y el estatuto de la Seguridad Social –Ley 100 de 1993 y sus reformas-, son leyes ordinarias y por ello de la misma jerarquía. En esta situación se trata de observar los fines de la norma. De la carga axiológica de una y otra. Las relaciones comerciales, cualquiera que sea su naturaleza, no pueden estar por encima de los derechos que le son inherentes a la persona, por el simple hecho de existir y que por ello se han elevado al rango constitucional de fundamentales.

La Corte Constitucional, en sentencia C-971 del 23 de septiembre de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, hace una importante consideración sobre el asunto. Califica el aseguramiento como elemento integrante del sistema de seguridad social e inherente al mismo, pues permite cumplir uno de sus objetivos principales:

⁴⁶ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia T-168 (18, marzo, 2009). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

el de financiar pensiones. La Corte se refiere a esta temática de la siguiente manera:

(...) Es con base en esta última consideración que la jurisprudencia constitucional ha concluido que para el caso de pensión de sobrevivientes concurre un *“elemento de seguro”* que garantiza la subsistencia de quienes dependían del salario del trabajador fallecido. Sobre este particular, la sentencia C-617 de 2001, M.P. Álvaro Tafur, al analizar la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, estimó: *“En este sentido debe tenerse en cuenta que las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se consagran dentro de un sistema de aseguramiento, por lo que quien está cotizando, paga el costo de esa protección, con lo que se asegura además su fidelidad al sistema-otro de los objetivos de la norma-que permite la aplicación de los principios de solidaridad y universalidad señalados en la Constitución para el sistema de seguridad social, al generar un fondo común que financia estas pensiones de invalidez y sobrevivencia tanto en el caso del régimen de prima media-a través de una cuenta separada para este efecto-como en el caso del régimen de ahorro individual-a través de una compañía de seguros-(artículo 20 de la Ley 100 de 1993).*

“Cabe recalcar al respecto, que en la pensión de sobrevivientes hay entonces “un elemento de seguro” (1[xvii] Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Folio 24.), por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.”

Así, el régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes permite concluir que el pago de la cotización al sistema general de seguridad social en pensiones no tiene como único objetivo acumular las sumas que financien una futura pensión de vejez, sino también permitir el aseguramiento del riesgo de subsistencia del núcleo familiar dependiente del trabajador cotizante. En consonancia con lo anterior, el

artículo 70 de la Ley 100 de 1993 estipula como una de las fuentes de financiación de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad el pago de *“la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión.”* Además, establece que este valor estará a cargo de la aseguradora que para el efecto contrate la administradora de pensiones correspondiente.

En conclusión, de las disposiciones anotadas se colige que la cotización al sistema de seguridad social contiene un elemento de seguro en cuanto a la financiación de la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, las administradoras de pensiones, en aras de cumplir adecuadamente con su obligación de reconocer y pagar la prestación, tienen la obligación legal de suscribir pólizas destinados al cubrimiento de las sumas adicionales ante la contingencia de la muerte del trabajador cotizante y descontar de los aportes el porcentaje destinado al pago de la prima de aseguramiento respectiva, a fin de garantizar la concurrencia de la aseguradora en la financiación de la prestación a favor de los beneficiarios previstos por el legislador (...)⁴⁷.

El seguro previsional debe guardar coherencia con la estructura que tiene el contrato de seguro actualmente en el Código de Comercio, pues es ineficiente que leyes de otra materia entren a regular una figura que ya existe y que, a pesar de tener un índice razonable de controversias, funciona correctamente. Pero no puede pasarse por alto que fue concebido para suplir una necesidad del sistema de seguridad social y que se deben introducir ciertas modificaciones para que su implementación, en una esfera jurídica que responde a otro tipo de motivaciones, sea exitosa.

Lo anterior implica que el seguro previsional, por el solo hecho de ser un seguro, conserva ciertos elementos del derecho mercantil, pero por estar inmerso en la

⁴⁷ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-971 (23, septiembre, 2005), Op. Cit.

seguridad social y tener efectos directos e inmediatos sobre los derechos fundamentales de las personas, requiere una consideración especial en ciertos asuntos.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 2 de octubre de 2007, radicación 30.252, ponencia del Magistrado Eduardo López Villegas, y a propósito de la aplicación para el seguro previsional del término de prescripción que rige para los seguros en el Código de Comercio, afirma:

(...) A su vez, se desatiende la pretensión de considerar los seguros previsionales como una categoría de seguros comerciales para efectos de la aplicación de las reglas de la prescripción del Código de Comercio.

A la anterior conclusión se llega bajo la consideración de que los seguros de que aquí se trata aunque si bien son gestionados por entidades cuya regulación está sujeta al Estatuto Financiero, su función la desarrollan dentro de la seguridad social, que nuestra Constitución Política caracteriza como de servicio público. Este encuadramiento es suficiente de por sí para tener los seguros previsionales bajo una categoría especial, que los sustrae de aquellas regulaciones comerciales que no los hagan compatibles con el sistema pensional (...) ⁴⁸.

Puede concluirse entonces que las aseguradoras, hasta cierto punto, deben doblegarse ante derechos fundamentales como el de la seguridad social, la dignidad humana y el mínimo vital, y renunciar a la aplicación taxativa de las normas del derecho privado en relación con el contrato de seguro, teniendo en cuenta los efectos que conlleva una objeción del pago del seguro para la financiación de la pensión de invalidez de un afiliado o de los beneficiarios en una pensión de sobrevivientes.

⁴⁸ COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.252, Op. Cit.

4. EL SEGURO PREVISIONAL EN EL DERECHO COMPARADO

Todos los países que en el mundo han decidido incorporar el sistema de capitalización individual o régimen de ahorro individual con solidaridad como plataforma para el financiamiento de las pensiones de invalidez y sobrevivencia, tienen estructurada la figura del seguro previsional para cubrir la insuficiencia de capital derivada de los siniestros prematuros que sufren los afiliados antes del cumplimiento de los requisitos para obtener la pensión de vejez.

Para el caso latinoamericano, Chile y Perú constituyen dos ejemplos claros de ordenamientos jurídicos que han establecido el régimen de ahorro individual y por ende la figura del seguro previsional.

A continuación se presentan brevemente los rasgos principales de estos dos sistemas, que servirán posteriormente al momento de construir las reflexiones finales acerca de esta figura.

4.1 CASO CHILE

4.1.1 EL SISTEMA DE PENSIONES

El sistema previsional actualmente vigente en la República de Chile fue implementado en 1980. El Decreto Ley No. 3500 introduce las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), instituciones de carácter privado depositarias de los ahorros pensionales de los chilenos bajo la modalidad de capitalización individual.

Antes de la reforma pensional de 1980, el sistema de pensiones funcionaba como un fondo de reparto solidario, administrado por Cajas Previsionales, en el cual los cotizantes financiaban las prestaciones de los beneficiarios de pensiones.

El sistema previsional chileno cubre los riesgos de invalidez, vejez y muerte. La afiliación es obligatoria para todos los trabajadores dependientes, y opcional para los trabajadores independientes. En ambos supuestos la cotización debe ser el 10% de la remuneración o renta imponible mensual. El empleador asume la totalidad de la cotización del trabajador dependiente.

La base de cotización obligatoria tiene un límite máximo de 60 UF (Unidades de Fomento, indicador ligado a la inflación utilizado en Chile para actualizar el valor de la moneda). A partir de este monto, el ahorro es voluntario.

Cada afiliado tiene una cuenta de ahorro en una Administradora de Fondos de Pensiones que escoge libremente, en la cual deposita sus previsiones. Este dinero se capitaliza según los rendimientos obtenidos por el Fondo de Pensiones de la administradora. La cuenta recibe el nombre de Cuenta de Capitalización Individual.

Al final de la vida laboral del afiliado, el dinero de la cuenta constituye la respectiva pensión. La edad para pensionarse en Chile es de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres.

Las AFP son vigiladas y controladas por la Superintendencia de Pensiones, adscrita al Ministerio del Trabajo y Previsión Social.

Hacen parte del sistema previsional chileno las Cuentas de Ahorro Voluntario, también llamadas "Cuenta Dos"⁴⁹, creadas en 1987 y constitutivas de un fondo independiente de la cuenta de capitalización individual y que funcionan como depositarias de ahorros adicionales de los afiliados, que pueden ser periódicos u ocasionales.

La finalidad de esta cuenta es utilizar sus recursos para aumentar el monto de la pensión, ello se hace mediante traslado de ese dinero a la cuenta de capitalización individual del afiliado llegado el momento de pensionarse.

El dinero de esta cuenta es de libre disposición, pueden retirarse fondos de la misma con un límite anual fijado por la Superintendencia de Pensiones que no será menor de cuatro retiros por año.

Los afiliados independientes pueden autorizar a la Administradora a traspasar fondos de la cuenta de ahorro voluntario a la cuenta de capitalización individual, para cubrir cotizaciones que no esté en capacidad de cubrir en el momento.

4.1.2 PENSIÓN DE INVALIDEZ

Es el beneficio económico al que tienen derecho los afiliados al sistema previsional que por accidente o enfermedad sufra una pérdida en su capacidad de trabajo y en consecuencia sea declarado inválido por una Comisión Médica, órgano dependiente de la Superintendencia de Pensiones.

Luego del referido dictamen, la pensión de invalidez es otorgada de manera transitoria. La pensión de invalidez será definitiva cuando se realice un segundo

⁴⁹ CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. "Cuentas de Ahorro Voluntario", en: <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2490.html>.

dictamen, que puede tener lugar cuando el afectado solicite una reevaluación o tres años después del primer dictamen, lo primero que ocurra. Este segundo dictamen podrá ratificar el grado de invalidez del primer dictamen, aumentarlo, disminuirlo o rechazar la invalidez.

Para recibir una pensión de invalidez, además del dictamen de pérdida de capacidad superior al 50%, el afiliado no puede estar percibiendo otra pensión ni tener la edad para pensionarse por vejez.

El grado de invalidez determina el monto de la pensión de la siguiente manera:

- Invalidez total: Quien pierda dos tercios (66.66%) o más de su capacidad laboral recibirá una pensión del 70% de su salario base.
- Invalidez parcial: La pérdida de capacidad de trabajo es de más del 50% pero menor a dos tercios (66.66%). La pensión será del 50% del salario base.

Estos montos son iguales para la pensión transitoria percibida en razón del primer dictamen y para la pensión definitiva posterior al segundo dictamen.

4.1.3 PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA

Es el beneficio económico que perciben los componentes del grupo familiar del afiliado al Sistema de Pensiones que fallece. Los afiliados deben acreditar a su administradora la existencia de posibles beneficiarios, a través de los mecanismos establecidos para el efecto, tales como formularios o solicitudes de incorporación.

Serán beneficiarios de la pensión de sobrevivencia los familiares del afiliado que cumplan los siguientes requisitos:

- Cónyuge sobreviviente: Cuando hay hijos en común o la cónyuge sobreviviente se encuentre en embarazo, se concede la pensión. De lo contrario, se exige la celebración del matrimonio por lo menos en los seis meses anteriores al fallecimiento si era un afiliado no pensionado. En caso de ser un afiliado pensionado, el término requerido se extiende a tres años.
- Hijos: Los hijos tienen derecho a la pensión de sobrevivencia si son solteros y además se encuentran en alguna de las siguientes situaciones:
 - Son menores de 18 años.
 - Son mayores de 18 años pero menores de 24, y son estudiantes en cursos regulares de enseñanza básica, media, técnica o superior; o prestó el Servicio Militar al cumplir los 18 años.
 - Son inválidos declarados por la Comisión Médica correspondiente. La invalidez debe haberse producido antes de los 18 años, o de los 24 años si es estudiante. La invalidez puede ser un hecho posterior a la muerte del causante.
- Madre de hijos extramatrimoniales del causante: Deben ser solteras o viudas al momento del fallecimiento y ser económicamente dependientes del causante. Un hijo de filiación no matrimonial que cumpla los requisitos anteriores tiene derecho a la pensión de sobrevivencia si el fallecimiento es posterior al 1° de octubre de 2008. En caso de que el afiliado fallecido ya estuviera pensionado, el derecho a la pensión debió causarse con posterioridad a tal fecha.

- Cónyuge cuyo matrimonio con el causante haya sido declarado nulo por sentencia judicial: También tendrán derecho a la pensión si son solteros o viudos al momento del fallecimiento y dependían económicamente del causante.
- Padres: Los padres del causante pueden beneficiarse de la pensión del hijo fallecido si no existe ninguno de los beneficiarios ya mencionados y sean causantes de asignación familiar. La asignación familiar es una prestación económica reconocida a un trabajador o pensionado por las personas que vivan a sus expensas y cumplan con los requisitos establecidos por la ley y que es reconocida por los organismos competentes, entre los cuales se encuentran el empleador, las AFP y las Cajas de Previsión.

4.1.4 SEGURO DE INVALIDEZ Y SOBREVIVENCIA (SIS)

Las administradoras están obligadas a contratar este seguro para sus afiliados, el cual es financiado por ellos mismos con una fracción de la comisión cobrada por las administradoras. Esta comisión corresponde al 2% del salario mensual del afiliado.

El seguro es contratado conjuntamente por todas las Administradoras de Fondos de Pensiones con una misma aseguradora, mediante una licitación pública.

El seguro cubre una porción del capital necesario para el pago de la pensión de invalidez o sobrevivencia, siendo entonces la muerte o invalidez del afiliado el siniestro que causa la obligación condicional de pago de la aseguradora de pagar esa suma de dinero, expresada en Unidades de Fomento –UF-.

El monto de la obligación de la aseguradora resulta de la diferencia entre el capital necesario para financiar la pensión de referencia y la suma del saldo acumulado en la cuenta individual del afiliado y el Bono de Reconocimiento, si existe. El Bono de Reconocimiento es un instrumento que expresa una suma de dinero, expedido por el Estado y representativo de los períodos de cotizaciones registradas en el régimen previsional anterior al Decreto Ley 3500 de una persona que se traslada al nuevo Sistema Previsional⁵⁰.

Sin embargo, en el ordenamiento chileno no todo afiliado tiene derecho al amparo del seguro de invalidez y sobrevivencia. Las normas exigen el cumplimiento de ciertas condiciones.

Todos los afiliados que están cotizando a la administradora están cubiertos por el seguro. En el caso de los trabajadores dependientes, se presume de derecho que estaban cotizando si la muerte o invalidez se produce mientras estaban laborando.

Aquellos afiliados dependientes cesantes para el momento del siniestro, esto es, sin contrato de trabajo vigente para el momento de ocurrencia de la muerte o invalidez, conservan el derecho al seguro siempre que haya cotización dentro de los doce meses anteriores al momento en que se invalida o muere; habiendo cotizado mínimo seis meses en el año anterior al mes en el cual cesa la cotización.

En el caso de los afiliados independientes y voluntarios, para acceder al amparo del seguro deben presentar cotización en el mes calendario anterior a la invalidez o muerte.

⁵⁰ CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. “Bono de Reconocimiento”, en: <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-1696.html>

Los afiliados a la administradora que no cumplan los anteriores requisitos, deberán financiar su pensión con los recursos acumulados en su cuenta de capitalización individual.

4.1.5 FINANCIAMIENTO DE LAS PENSIONES Y AMPARO DEL SEGURO

Las pensiones en Chile son financiadas con el dinero depositado en la cuenta de capitalización individual del afiliado, sus rendimientos y el Bono de Reconocimiento cuando haya lugar.

Dentro del Sistema Previsional chileno, el Estado cumple una función de garantía de los Fondos de Pensión en caso quiebra de una AFP y de la pensión mínima cuando el monto de la cuenta individual de capitalización de un afiliado no alcance para cubrir la pensión por el tiempo estimado o los recursos se agoten.

Cuando la pensión es de invalidez o sobrevivencia, también contribuye a su financiación el capital que en cumplimiento de la obligación condicional derivada del SIS desembolsa la aseguradora.

- **Pensión de invalidez.** La financiación dependerá “de si el afiliado se encontraba o no cubierto por el seguro al momento de declararlo inválido”⁵¹.

Cuando se emite el primer dictamen de invalidez, si el afiliado goza del amparo del seguro, la pensión es asumida por la AFP con capital aportado por la

⁵¹ CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. “Pensión de Invalidez”, en: http://www.afphabitat.cl/portal/server.pt?&uulD=%7B99C960F0-9A35-B852-0D9F-EB70B5BB1000%7D&parentname=CommunityPage&parentid=1&mode=2&in_hi_userid=2674886&cached=true#6

aseguradora en su totalidad. La cuenta individual de capitalización permanece inalterada.

Cuando la persona no goza de la cobertura del SIS, el dinero para pagar la pensión proviene de su cuenta individual, el Bono de Reconocimiento y cotizaciones voluntarias. La garantía estatal opera si hay agotamiento de los fondos⁵².

El segundo dictamen de invalidez, una vez proferido determina el otorgamiento definitivo de la pensión. La financiación del mismo dependerá del grado de invalidez fijado por el dictamen y el cubrimiento del seguro de invalidez y sobrevivencia.

Quien se encuentra amparado por el seguro contará con los siguientes recursos para la financiación de su pensión:

- Sus cotizaciones obligatorias y voluntarias a la cuenta de capitalización
- El Bono de Reconocimiento si al él se tiene derecho
- Los depósitos voluntarios a la cuenta de capitalización que el trabajador hubiese convenido con el empleador y que corren a cargo de éste último⁵³
Los fondos que se trasladen de la cuenta de ahorro voluntario a la cuenta de capitalización
- El aporte adicional a cargo de la aseguradora en virtud del seguro de invalidez y sobrevivencia. El aporte consiste en el capital necesario para pagar la pensión de referencia.

⁵² CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. “Pensión de Invalidez”, en: http://www.afphabitat.cl/portal/server.pt?&uulD=%7B99C960F0-9A35-B852-0D9F-EB70B5BB1000%7D&parentname=CommunityPage&parentid=1&mode=2&in_hi_userid=2674886&cached=true#6

⁵³ CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. “Depósitos Voluntarios”, en: <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2505.html>

Quien no se beneficia del seguro de invalidez y sobrevivencia deberá financiar su pensión con el capital de su cuenta de capitalización. Opera la garantía estatal de ser necesario.

Cuando la invalidez es parcial (entre el 50% y dos tercios), la AFP retiene el 30% del capital acumulado por el afiliado con el objetivo de incrementar el monto de la pensión cuando se cumpla la edad para pensionarse por vejez o en caso de aumentar el grado de invalidez.

- **Pensión de sobrevivientes.** Cuando el afiliado o pensionado fallece, para establecer con qué recursos será financiada la pensión para sus beneficiarios debe tenerse en cuenta si estaba en su vida activa, esto es, cotizando a su cuenta de capitalización; o si estaba recibiendo pensión transitoria de invalidez; o si por el contrario ya estaba en su vida pasiva, es decir, ya estaba pensionado por vejez o invalidez definitiva.

Las pensiones de sobrevivencia de quien fallece en su vida activa contarán con el aporte adicional del seguro cuando se cumplan los requisitos de última cotización ya mencionados, que obran como presupuesto para estar protegido por el SIS.

También gozará de esta cobertura la pensión para los beneficiarios de la persona que disfrutaba de una pensión de invalidez transitoria que gozaba del amparo del seguro.

Cuando hay lugar al pago de la suma adicional por parte de la aseguradora, le corresponde a la AFP calcular el Ingreso Base del causante, que es un promedio representativo de sus ingresos mientras cotizó al sistema. El 70% de este índice será la pensión de referencia del fallecido. Teniendo este monto, se

calcula la pensión de referencia de cada beneficiario, que será un porcentaje legalmente definido de la pensión de referencia del fallecido.

Luego del cálculo anterior y teniendo en cuenta el saldo de la cuenta de capitalización individual se obtiene el valor del aporte adicional a cargo de la aseguradora.

Si no hay cobertura del seguro de invalidez y sobrevivencia, las pensiones deberán financiarse con los recursos de la cuenta de capitalización, sus rendimientos y el Bono de Reconocimiento de ser el caso.

Si la persona que fallece es un pensionado por vejez o por invalidez definitiva, no se tiene en consideración el seguro, pues la pensión de los sobrevivientes se financia con el capital que se venía destinando al pago de la pensión del causante.

4.1.6 COMPARACIÓN ENTRE CHILE Y COLOMBIA

El sistema previsional chileno y en particular la figura del seguro previsional tiene varias semejanzas jurídicas con el sistema pensional colombiano. En primer lugar, en ambos ordenamientos es obligatoria la contratación del seguro previsional para las administradoras de pensiones. En segundo lugar, las pensiones definitivas de invalidez y sobrevivientes se financian de la misma manera, esto es, con los recursos provenientes de la cuenta individual, el bono, la suma adicional aportada por el seguro y los aportes voluntarios de ser el caso.

Por su parte, estos ordenamientos presentan ciertas diferencias en la forma como opera el sistema y en particular el seguro. En primer lugar, el seguro en Chile es contratado en forma conjunta por todas las AFP con una única aseguradora

escogida mediante licitación pública. En segundo lugar, se diferencian en la cuantía de la comisión que pagan los afiliados a las administradoras y de la cual se cancela la prima del seguro, pues en el país austral es del 2%. En tercer lugar, las pensiones transitorias que operan en Chile a raíz de un primer dictamen de invalidez, se financian totalmente con recursos provenientes del seguro sin tocar los recursos de la cuenta de capitalización individual. Por último, en el país del sur no existe la figura de la devolución de saldos como sí en Colombia, de manera que siempre se causará una pensión, pues ésta se financia con el capital existente sin estar ligada a una cuantía mínima.

4.2 CASO PERÚ

4.2.1 EL SISTEMA DE PENSIONES

En Perú existe el Sistema Privado de Pensiones (SPP), el cual es un régimen de capitalización individual administrado por entidades privadas denominadas Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP), donde los aportes que realiza el trabajador se registran en una Cuenta Personal denominada Cuenta Individual de Capitalización (CIC). El Sistema Privado de Pensiones fue creado como un régimen alternativo a los regímenes de pensiones administrados por el Estado y concentrados en el Sistema Nacional de Pensiones (SNP)⁵⁴.

⁵⁴ PERÚ. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. En: <http://www.sbs.gob.pe/0/home.aspx>

4.2.2. PENSIÓN DE INVALIDEZ

Es un beneficio que se otorga al afiliado que no se ha pensionado por vejez y que a su vez sufrió una pérdida o disminución en su capacidad de trabajo mayor o igual al 50%, de acuerdo a la calificación que efectúen los Comités Médicos.

Además del anterior requisito, se puede acceder a este beneficio cuando ocurra el siniestro, siempre y cuando el afiliado tenga menos de 65 años de edad o no se haya pensionado por vejez.

Tiene que haber una evaluación del Comité Médico de las AFP (COMAFP) en primera instancia, y por el Comité Médico de la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP (COMEC) en segunda y última instancia administrativa, a fin de determinar si la condición del afiliado califica para otorgarte una Pensión de Invalidez dentro del SPP.

Dentro de esta pensión, es necesario advertir que hay dos grados de invalidez:

- Grado Parcial: si se ha perdido más del 50% pero menos de 2/3 partes de la capacidad productiva, el afiliado tiene derecho a una Pensión equivalente al 50% de su Remuneración Promedio.
- Grado Total: si se ha perdido más de las 2/3 partes de la capacidad productiva, el afiliado tiene derecho a una Pensión equivalente al 70% de su Remuneración Promedio.

La invalidez será calificada como temporal o permanente de acuerdo a la posibilidad de recuperación que se tenga. Igualmente, la pensión de invalidez se otorga con carácter transitorio o definitivo.

El monto de la pensión de invalidez dependerá del dictamen que ya se ha explicado y del promedio de las remuneraciones que haya percibido el afiliado en los 4 años anteriores al siniestro, actualizadas al Índice de Precios al Consumidor.

La pensión invalidez se financia con:

- Los aportes que realizó el afiliado durante su vida laboral y que se encuentran en la Cuenta Individual de Capitalización.
- El valor del Bono de Reconocimiento en caso de que lo hubiera
- El aporte adicional que efectúa la compañía de seguros, que es equivalente al 50% ó 70% de la remuneración promedio del afiliado en caso de contar con la cobertura del seguro.

Si no se cuenta con la cobertura del seguro, la pensión que corresponda pagar se financiaría únicamente con lo que hubiera en la cuenta individual y el valor del Bono de Reconocimiento.

4.2.3 PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA

Es una pensión a la que tienen derecho los beneficiarios luego del fallecimiento del titular. La condición de beneficiario está establecida en las normas del SPP y deberá verificarse al momento del fallecimiento del titular. Son considerados beneficiarios el cónyuge o concubino(a), los hijos menores de 18 años, los hijos mayores de 18 años incapacitados total y permanentemente de acuerdo con la calificación de COMAFP o COMEC, y los padres inválidos total o parcialmente de naturaleza permanente según calificación de COMAFP o COMEC, o los padres mayores de 60 años que hayan dependido económicamente del afiliado a la fecha del fallecimiento.

El porcentaje que le corresponde a cada beneficiario es el siguiente:

- El 42% al cónyuge o concubino (a) sin hijos
- El 35% al cónyuge o concubino (a) con hijos
- El 42% al hijo único, aun existiendo padres del fallecido
- El 14% a los hijos menores de 18 años y a los hijos que se encuentran incapacitados de manera total y permanente
- El 14% al padres y/o madre que acrediten su condición de beneficiarios
- De haber más de 2 hijos beneficiarios y no existir cónyuge o concubino (a); el 42% se distribuirá en partes iguales incrementándose con el 14%, tantas veces como hijos hubiere.

En ningún caso, el total de la pensión de los beneficiarios excederá el 100% de la remuneración asegurable del afiliado.

El monto de la pensión de sobrevivientes será establecido en función al promedio de remuneraciones que haya percibido el afiliado en los 4 años anteriores al siniestro, actualizadas al Índice de Precios al Consumidor, y de acuerdo al tipo de beneficiario.

La pensión de sobrevivencia se financia con:

- Los aportes que realizó el afiliado durante su vida laboral y que se encuentran en la Cuenta Individual de Capitalización
- El valor del Bono de Reconocimiento en caso de que lo hubiera
- El aporte adicional que efectúa la compañía de seguros, en los casos que proceda la cobertura del seguro de sobrevivencia

Si no se cuenta con la cobertura del seguro, la pensión que corresponda pagar se financiaría únicamente con lo que hubiera en la cuenta individual y el valor del Bono de Reconocimiento.

4.2.4 EL SEGURO PREVISIONAL

Dentro de este Sistema Privado de Pensiones se encuentra la figura del seguro previsional. Éste es el seguro que contratan las administradoras de pensiones con una entidad aseguradora, con el objetivo de trasladar el riesgo de ocurrencia de los siniestros de invalidez o fallecimientos de sus afiliados.

De este modo la compañía de seguros se obliga a garantizar el pago de un porcentaje del promedio de remuneraciones del afiliado hasta su muerte y la del último de sus beneficiarios. Para ello la aseguradora está obligada a calcular el capital requerido para pagar dichas pensiones. Éste será el valor esperado de las pensiones a pagar, calculado de acuerdo a las tablas de mortalidad y a la tasa de interés técnico.

El proceso para elegir la empresa de seguros debe ser a través de licitación pública. El afiliado es quien paga, a través de la administradora, primas mensuales con las que se le garantizan el derecho a percibir pensiones de invalidez transitoria o pensiones preliminares de supervivencia, así como el derecho de recibir un aporte adicional por parte de la aseguradora, en caso de que los recursos de la Cuenta Individual de Capitalización y del Bono de Reconocimiento no sean suficientes para financiar una pensión definitiva de invalidez o de sobrevivencia.

4.2.5 REQUISITOS DE PROCEDENCIA DEL SEGURO

Para que el seguro opere y la aseguradora entre a aportar la suma adicional necesaria para el financiamiento de la pensión de invalidez o de sobrevivencia, hay que entrar a distinguir si se está en presencia de un afiliado nuevo o no. Los

nuevos afiliados tienen derecho a la cobertura del seguro desde su incorporación al SPP y hasta el momento en que el periodo de afiliación no sea mayor al de dos meses contados a partir del mes de vencimiento del pago de su primer aporte. Por su parte, la cobertura del seguro también la tienen los afiliados que no estén dentro de las exclusiones de la cobertura, que no se hayan pensionado por vejez y que hayan realizado al menos 4 aportes mensuales dentro de los 8 meses anteriores al mes en que se produjo el siniestro.

En caso de ser un afiliado dependiente, si le descontaron oportunamente los aportes al Sistema Privado de Pensiones pero su empleador no cumplió con el pago oportuno de los mismos, no se pierde el derecho a la cobertura del seguro previsional, pero sólo se podrá ejercer el derecho cuando el empleador regularice los pagos atrasados.

Por el contrario, si es un afiliado independiente, los aportes los debe pagar en la oportunidad que corresponda y deben ser ejecutados, como mínimo, en base a la Remuneración Mínima Vital vigente a la fecha de pago.

En uno y otro caso, sólo se computarán los aportes efectuados en el mes de pago que corresponda, no obstante que el aporte se refiera a uno o más meses anteriores.

4.2.6 EXCLUSIONES DEL SEGURO PREVISIONAL

No están comprendidos en la cobertura del seguro, los siguientes eventos:

- La invalidez ocasionada por participación activa del afiliado en conflictos bélicos o terrorismo
- Por fusión nuclear o contaminación radioactiva

- La invalidez o muerte cubiertos por disposiciones legales vigentes que contemplen el seguro complementario de trabajo de riesgo
- La invalidez que se cause a sí mismo el afiliado voluntariamente y en estado de conciencia normal
- La invalidez o muerte causada por el alcoholismo o la drogadicción del afiliado
- Por siniestros que se originen por suicidio del afiliado ocurrido dentro de año posterior a su incorporación al SPP
- Aquellos siniestros producidos por enfermedad que resulten calificados como preexistencia en el SPP

4.2.7 COMPARACIÓN ENTRE PERÚ Y COLOMBIA

Tanto en Perú como en Colombia, es obligatorio para las administradoras de pensiones tomar el seguro de invalidez y sobrevivientes, tal y como ocurre en Chile. A su vez, existen ciertas diferencias jurídicas entre el ordenamiento peruano y el colombiano, que vale la pena resaltar. En primer lugar, la aseguradora es la entidad llamada a calcular el capital requerido para pagar las pensiones en Perú. En el país inca se han consagrado requisitos diferentes para acceder a la cobertura del seguro, diferenciando entre afiliados nuevos y antiguos. En último lugar, en este país la mora del empleador suspende la cobertura del seguro previsional, no siendo así en Colombia, donde la aseguradora paga la totalidad del capital necesario sin tener en cuenta este factor.

5. REFLEXIONES FRENTE AL CASO COLOMBIANO

El Gobierno Nacional, a través del Ministerio de Hacienda y de la Superintendencia Financiera de Colombia, tiene un reto impuesto por el artículo 54 de la Ley 1328 de 2009 (reforma financiera) que modificó el artículo 108 de la Ley 100 de 1993 de regular de manera clara y equitativa el seguro previsional y que a su vez redunde en beneficio de los afiliados que son quienes en últimas financian el costo de este seguro.

Así pues, la actual reforma financiera le ha entregado al Gobierno Nacional una oportunidad histórica para reglamentar la materia con el debido rigor técnico y así acabar con la problemática que suscita el seguro actualmente e impedir que esta institución siga obstaculizando la materialización del derecho a la seguridad social.

En este sentido, se considera que al momento de que se estructuren los cambios deberán tenerse en cuenta aspectos fundamentales como la forma de contratación del seguro, el costo de la prima y las nuevas tendencias demográficas y de mortalidad de la población colombiana, y el establecimiento de reglas claras en la reclamación y en la determinación de los siniestros.

5.1 EN CUANTO A LA FORMA DE CONTRATACIÓN

Tomando el ejemplo chileno, en Colombia se debería disponer que sea una o varias aseguradoras públicas y/o privadas las que asuman el riesgo previsional frente a todas las administradoras de pensiones y que éstas obtengan el traslado de ese riesgo mediante contratación conjunta a partir de una licitación pública.

Esto generaría una sana competencia entre las aseguradoras y la posibilidad de que se agrupen o asocien con el fin de diversificar el riesgo, impactando así de manera directa en el precio del seguro y en un beneficio adicional para los afiliados al sistema.

5.2 EN CUANTO A LA DETERMINACIÓN DEL COSTO DE LA PRIMA O PRECIO Y LAS NUEVAS TENDENCIAS DEMOGRÁFICAS Y DE MORTALIDAD EN LA POBLACIÓN COLOMBIANA

Establecer un esquema de cobro de prima diferencial o segmentado, teniendo en cuenta criterios de género, edad, estrato socioeconómico, nivel educativo, grado de alfabetismo, entre otros indicadores, para determinar el potencial de siniestralidad de la población afiliada al sistema; implementando así un modelo de cobro de prima o precio para el seguro previsional similar a la forma de financiación del Sistema de Riesgos Profesionales, aplicando factores de riesgo común, podría constituir una solución novedosa.

La implementación de este tipo de solución no causaría mayores traumatismos para su reglamentación, toda vez que las aseguradoras y su gremio, e incluso la misma Superintendencia Financiera cuentan con los estudios y resultados técnicos necesarios para tal fin.

En el evento de que no existieran cambios en cuanto al cálculo del precio o costo de la prima del seguro, creemos que bajo el principio de la autonomía de la voluntad, tanto las aseguradoras como las administradoras de pensiones deberían utilizar e implementar nuevas herramientas y modelos de análisis de riesgo con el fin de definir un precio justo y equitativo para ambas partes y para el afiliado; la contratación de un estudio de riesgo por parte de una administradora de

pensiones podría constituirse como un parámetro importante al momento de negociar el costo de la prima con la aseguradora.

Ahora bien, la redistribución del precio del seguro previsional bajo los postulados propuestos en el presente trabajo, apuntan al cobro de un precio justo y equitativo de acuerdo con el perfil de riesgo de cada afiliado, no obstante, en algunos casos podría generarse un incremento en el valor de la prima para determinadas personas y perfiles.

Bajo este modelo de cobro de prima, se propone que el menor valor que deba asumir un afiliado como porcentaje de su cotización para el pago del seguro previsional, fuera abonado a la cuenta de ahorro individual incrementando su saldo. Ese menor valor estaría dado por la diferencia entre el índice de siniestralidad propia de cada afiliado y la tasa más alta de siniestralidad.

5.3 EN CUANTO AL ESTABLECIMIENTO DE REGLAS CLARAS EN LA RECLAMACIÓN Y EN LA DETERMINACIÓN DE LOS SINIESTROS

Teniendo en cuenta los vacíos y lagunas legales que existen, se hace preciso que la Superintendencia Financiera como ente regulador, establezca reglas claras con el fin de solucionar las distintas controversias que se vienen presentando, no sólo desde la ocurrencia del siniestro, sino también pasando por la reclamación y el reconocimiento de la prestación económica.

6. CONCLUSIONES

El seguro previsional tiene gran importancia dentro del Sistema General de Pensiones, pues es un instrumento indispensable dentro del esquema de financiación del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Por esta razón, facilita el cumplimiento del objetivo para el que fue creado el Sistema: permitir, para un mayor número de colombianos en condiciones adversas, la posibilidad de disfrutar de una pensión.

Al observar quiénes tienen la calidad de parte en este contrato, esto es, una administradora de fondos de pensiones y una compañía de seguros, se podría intuir que se trata de una operación jurídica eminentemente comercial. Sin embargo, este seguro es una institución originaria del derecho comercial al servicio del Sistema General de Seguridad Social. Está regulado tanto por normas mercantiles, como por normas del derecho de la seguridad social. Al tener este componente dual, se suscitan numerosas controversias acerca de cuáles son las normas aplicables frente a esta figura, siendo de especial consideración aquellas problemáticas relacionadas con el margen de negociación de la póliza, el alcance de las obligaciones de las partes, la concepción del siniestro, el régimen de reclamaciones, la jurisdicción competente y los efectos de la prescripción.

Al momento de enfrentarse a estas dificultades, la principal consideración que debe hacerse es la de los efectos que tiene la contratación del seguro sobre las personas por las que se ha tomado éste, es decir, los afiliados al sistema y su grupo familiar. Al estar ellos involucrados sin tener el carácter de parte, merecen una especial protección, derivada de la Ley y la misma Constitución Política.

Con base en lo anterior, y luego del análisis detallado de la figura del seguro previsional desde el punto de vista sustancial, procesal, constitucional e

internacional, no queda duda que este tipo de seguro hace parte de la órbita principal del derecho de la seguridad social, valiéndose de las normas de derecho privado para los efectos de su aplicación práctica. La connotación de derecho fundamental entregada por la Corte Constitucional es una clara muestra de que las normas mercantiles aplicadas en materia previsional no pueden convertirse en un obstáculo para la materialización del derecho fundamental a la seguridad social.

BIBLIOGRAFÍA

AFP CUPRUM (CHILE). "Sobrevivencia". En:
http://www.cuprum.cl/webcuprum/servicios/asesor_detalle.aspx?intId=118

AFP HÁBITAT (CHILE). "¿Qué es la Pensión de Invalidez?". En:
http://www.afphabitat.cl/portal/server.pt?&uulD=%7B99C960F0-9A35-B852-0D9F-EB70B5BB1000%7D&parentname=CommunityPage&parentid=1&mode=2&in_hi_userid=2674886&cached=true#6

BOGOTÁ. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ. SALA LABORAL. Sentencia (5, febrero, 2009). M.P. Ana Celmira Trujillo Tarazona.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. "Cuentas de Ahorro Voluntario", en:
<http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2490.html>.

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. "Bono de Reconocimiento", en:
<http://www.safp.cl/573/propertyvalue-1696.html>

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. "Depósitos Voluntarios", en: <http://www.safp.cl/573/propertyvalue-2505.html>

CHILE. SUPERINTENDENCIA DE ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES. "Seguro de Invalidez y Supervivencia", en:
<http://www.safp.cl/573/propertyvalue-1696.html>

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 (23, diciembre, 1993). Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 1993. No. 41.148. Art.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 797 (29, enero, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del sistema general de pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se adoptan disposiciones sobre los Regímenes Pensionales exceptuados y especiales. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.079.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 860 (26, diciembre, 2003). Por la cual se reforman algunas disposiciones del Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2003. No. 45.415.

COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1328 (15, julio, 2009). Por la cual se dictan normas en materia financiera, de seguros, del mercado de valores y otras disposiciones. Diario Oficial. Bogotá. 2009. No. 47.411.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-971 (23, septiembre, 2005). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-236 (30, marzo, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia T-168 (18, marzo, 2009). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.252. Sentencia (2, octubre, 2007). M.P. Eduardo López Villegas.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 31.214. Sentencia (21, noviembre, 2007). M.P. Luis Javier Osorio López.

COLOMBIA. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.519. Sentencia (15, octubre, 2008) MM.PP. Isaura Vargas Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 410 (27, marzo, 1971). Código de Comercio. Diario Oficial. Bogotá. 1971. No. 33.339. Art. 1037.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 663 (2, abril, 1993). Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Diario Oficial. Bogotá. 1993. No. 40.820. Art.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 656 (24, marzo, 1994). Por el cual se establece el régimen jurídico y financiero de las sociedades que administren fondos de pensiones. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.283.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 718 (6, abril, 1994). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 108 de la Ley 100 de 1993. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.300.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 876 (2, mayo, 1994). Por el cual se reglamentan parcialmente los artículos 81, 86, 87, 94, 100, 107 y 108 de la Ley 100 de 1993. Diario Oficial. Bogotá. 1994. No. 41.342.

COLOMBIA. PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA. Decreto 1161 (3, junio, 1994). Por el cual se dictan normas en materia del Sistema General de Pensiones. Diario Oficial. Bogotá. 1994.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular Externa Básica Jurídica 007 de 1996. Capítulo II, numeral 3.2. Bogotá, 1996.

COLOMBIA. SUPERINTENDENCIA BANCARIA. Circular Externa 035 (3, septiembre, 2004) “Adopción de procedimientos para el cumplimiento de plazos en el reconocimiento y pago de pensiones”. Bogotá, 2004.

GAVIRIA GÓMEZ, Juan Carlos. Concepto “Contrato de Renta Vitalicia”, presentado a la Compañía Suramericana de Seguros de Vida S.A., 25 de septiembre de 2005.

LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. Contrato de Seguro. 3 ed. Bogotá: Dupre, 1999. 353 p. ISBN 8482722158

PERÚ. ASOCIACIÓN PERUANA DE EMPRESAS DE SEGUROS –APESEG-. En: <http://www.apeseg.org.pe/ofertas.html>

PERÚ. SUPERINTENDENCIA DE BANCA, SEGUROS Y AFP. En: <http://www.sbs.gob.pe/0/home.aspx>

RADIO PROGRAMAS DEL PERÚ. “La Pensión de Invalidez y sobrevivencia” En: <http://radio.rpp.com.pe/derechociudadano/la-pension-de-invalidez-y-sobrevivencia/>

ANEXOS

ANEXOS

1. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-971 (23, septiembre, 2005). M.P. Jaime Córdoba Triviño.
2. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-236 (30, marzo, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño.
3. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia T-168 (18, marzo, 2009). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.252. Sentencia (2, octubre, 2007). M.P. Eduardo López Villegas.
5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 31.214. Sentencia (21, noviembre, 2007). M.P. Luis Javier Osorio López.
6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL. Expediente 30.519. Sentencia (15, octubre, 2008) MM.PP. Isaura Vargas Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón.

1. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA CUARTA DE REVISIÓN. Sentencia T-971 (23, septiembre, 2005). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-971/05

Referencia: expediente T-1113610

Acción de tutela interpuesta por Rodrigo Traslaviña Silva contra la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- Colfondos S.A.

Magistrado Ponente:
Dr. JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de septiembre de dos mil cinco (2005).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos [86](#) y [241](#) numeral 9 de la Constitución Política y en el [Decreto Ley 2591 de 1991](#), profiere la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta y el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad, que resolvieron la acción de tutela impetrada por Rodrigo Traslaviña Silva contra la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías- Colfondos S.A.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta

La ciudadana Rosa Roa, cónyuge del actor Rodrigo Traslaviña Silva y madre de la menor Mirna Edith Traslaviña Roa, se desempeñó como promotora de salud al servicio del Hospital San Cristóbal- E.S.E. de Ciénaga (Magdalena), desde el 12 de julio de 1999 hasta el 24 de enero de 2003, cuando murió, al parecer por la acción de grupos armados irregulares^{1[i]}. Durante la vigencia de la relación laboral, a la funcionaria le descontaron los aportes destinados a pensión de jubilación, los cuales fueron consignados en su cuenta de ahorro individual de la administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A.

Como consecuencia de las circunstancias en la que falleció su cónyuge, el actor y su hija se trasladaron forzosamente a la ciudad de Santa Marta en calidad de desplazados^{2[ii]}.

^{1[i]} Cfr folio 32. Certificación expedida por el personero municipal de Ciénaga Magdalena.

^{2[ii]} Tanto él como su hija se encuentran incluidos en el Sistema Único de Registro de población desplazada (SUR), registro

En su condición de cónyuge sobreviviente, el 12 de noviembre de 2003 el accionante presentó solicitud ante la entidad demandada, a fin que efectuara el pago del auxilio funerario^{3[iii]}. La entidad, en oficio del 1º de abril de 2004, estimó que para el reconocimiento de ese auxilio debía adjuntarse el documento en el que constara el pago de los aportes a pensión efectuados por la afiliada, pues de lo contrario no le sería posible reconocer esa prestación^{4[iv]}.

De acuerdo con este requerimiento, el 13 de abril de 2004 el accionante anexó a su solicitud inicial una certificación expedida por el Hospital San Cristóbal en la que indicó los descuentos que efectuó a su trabajadora para el pago de pensiones^{5[v]}. En la misma fecha, presentó un escrito en el que solicitaba el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes^{6[vi]}.

El 18 de mayo de 2004, el ciudadano Traslaviña Silva instauró acción de tutela en contra de Colfondos S.A., al considerar que se le había vulnerado su derecho fundamental de petición, debido a la falta de respuesta a las mencionadas solicitudes^{7[vii]}. Durante el término de traslado de dicha acción, la entidad demandada expresó que el accionante no cumplía con uno de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, como eran las semanas mínimas de cotización, pues el empleador de su cónyuge sólo realizó el aporte correspondiente al mes de enero de 2000. Empero, el 2 de junio de 2004 el actor desistió de la acción impetrada por considerar que no se encontraba vencido el término legal para que la entidad respondiera sus requerimientos.

Habida cuenta de la respuesta de Colfondos S.A., el demandante instó al Hospital San Cristóbal E.S.E. para que aclarara lo relacionado con las cotizaciones adeudadas. El 29 de octubre de 2004 esa entidad, por intermedio de su gerente, expuso que no era *“del resorte de este despacho acceder al reconocimiento de las pensiones de sus trabajadores que se encuentren afiliados. Como sí lo es el pago oportuno de los aportes, situación que administraciones precedentes a (sic) omitido debido a la grave crisis financiera de la E.S.E. Hospital San Cristóbal, que ha llevado a la mora en la cancelación de los salarios y prestaciones de sus trabajadores incluido los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensión”*^{8[viii]}.

En esa medida, el ciudadano Traslaviña Silva estimó que la negativa de Colfondos S.A. en reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes vulneraba sus derechos constitucionales al mínimo vital y a la seguridad social, en conexidad con el derecho fundamental a la vida. Para ello, afirmó que no contaba con ningún ingreso económico, razón por la cual la prestación reclamada constituía su único medio de subsistencia, como en su momento lo era el salario que devengaba su esposa. Por lo anterior, interpuso el 28 de enero de 2005 acción de tutela en contra de Colfondos S.A., con el fin de que esta entidad reconociera la pensión de sobrevivientes generada con ocasión de la muerte de su cónyuge.

47001414215618. Cfr folio 31.

^{3[iii]} Cfr. Folio 22 del cuaderno de primera instancia.

^{4[iv]} Cfr. Folio 24 del cuaderno de primera instancia.

^{5[v]} Cfr. Folio 26 del cuaderno de primera instancia.

^{6[vi]} Cfr. Folio 27 del cuaderno de primera instancia.

^{7[vii]} Cfr. Folios 18 a 62 del cuaderno de primera instancia.

^{8[viii]} Cfr. Folio 104 del cuaderno de primera instancia.

2. Respuesta de la entidad demandada

A través de su representante legal, Colfondos S.A. manifestó que las disposiciones legales que regulan lo relacionado con los aportes patronales a seguridad social de los servidores públicos del sector salud, no contemplan exenciones para los empleadores o para los fondos de pensiones en cuanto al no pago oportuno de los aportes. En esa medida, el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes estaba sujeto a que el Hospital San Cristóbal, en su calidad de empleador, presentara copia de los aportes y cotizaciones correspondientes a la trabajadora fallecida, requerimiento que ya había realizado al empleador, sin obtener respuesta alguna.

Igualmente, Colfondos S.A. solicitó al Juez de instancia un plazo de quince días para decidir acerca de la mencionada prestación. Para ello, adujo que había enviado a uno de sus funcionarios al Hospital San Cristóbal con el fin de obtener las pruebas que permitieran comprobar la información necesaria para ello.

Por último, indicó que había iniciado demanda ejecutiva en contra del Hospital San Cristóbal por los aportes patronales adeudados en cuantía liquidada a 31 de marzo de 2002 de \$272.280.495. Dicha acción surtía trámite ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Ciénaga, Magdalena.

3. Decisiones judiciales objeto de revisión.

En sentencia del 7 de febrero de 2005, el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta negó el amparo impetrado por Rodrigo Traslaviña Silva y su hija Mirna Edith Traslaviña Roa. Para llegar a esta decisión, argumentó que la controversia de carácter litigioso entre Colfondos S.A. y el Hospital San Cristóbal, al ser un asunto propio de la competencia de la jurisdicción ordinaria, no podía resolverse a través de la acción de tutela.

Interpuesto oportunamente el recurso de apelación por parte del actor, el Juzgado Primero Penal del Circuito de Santa Marta, en providencia del 31 de marzo de 2005, confirmó el fallo de primera instancia con base en argumentos similares a los expuestos por el Juez municipal.

4. Actuación surtida ante la Corte Constitucional

4.1. Práctica de pruebas

En vista que para el presente caso resultaba necesario contar con mayores elementos de juicio antes de adoptar la decisión, la Sala decretó algunas pruebas. Con este fin ordenó (i) oficiar al director de la Red de Solidaridad Social, a fin que certificara si el actor y su núcleo familiar se encuentran inscritos en el Registro Único de Población Desplazada; y (ii) oficiar a la entidad demandada, para que informara a la Corte acerca del estado actual del trámite de reconocimiento y pago de pensión de sobrevivientes a favor del ciudadano Traslaviña Silva y su menor hija.

En relación con el primer requerimiento, la Jefe de la Oficina Jurídica de la Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, a través de oficio del 25 de agosto de 2005, informó que el actor Traslaviña Silva y su núcleo familiar fueron incluidos en el Registro Único de Población Desplazada por la Violencia por parte de la Unidad Territorial del Magdalena el pasado 6 de febrero de 2003.

Frente a la segunda prueba decretada por la Sala, el apoderado especial de Colfondos S.A. presentó un escrito ante la Corte, a través del cual expresó, en síntesis, lo siguiente:

Respecto del estado actual del trámite para el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, manifestó que en la actualidad estaban *“cumplidos por los interesados los trámites a los que estaban legalmente obligados y ya fue entregada por ellos a COLFONDOS la documentación del caso”*. En el mismo sentido, expresó que Colfondos S.A. tenía *“en su poder las constancias relativas al pago de los aportes que, por cuenta de doña Rosa Roa, hicieron sus empleadores, y tiene registrado el recibo de esos pagos en su sistema, salvo el correspondiente al Hospital San Cristóbal de Ciénaga”*.^{9[x]}

Conforme a lo anterior, añadió que el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes no había sido posible debido a que Seguros de Vida Colpatria, entidad con la que Colfondos contrató la póliza para la asunción de los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes,^{10[x]} no había entregado los fondos correspondientes, pues sostiene que operó la prescripción prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.^{11[x]}

^{9[x]} El mismo concepto señala, en relación con los aportes adeudados por el Hospital San Cristóbal de Ciénaga (Magdalena), que Colfondos S.A., como paso previo a la solicitud de las sumas adicionales y del auxilio funerario a la aseguradora Colpatria, había adelantado *“los trámites atinentes a la obtención de la información pendiente de los empleadores sobre el pago de aportes (en particular las correspondientes al Hospital San Cristóbal de Ciénaga, donde doña Rosa Roa había laborado ente el 12 de julio de 1999 y el 24 de enero de 2003)”*. Entre esos trámites, había realizado, por conducto de la firma de cobranzas Sistemcosta, *“las respectivas gestiones de cobranza y cobro”* de esos aportes. Cfr. Folio 26 del cuaderno No. 2.

^{10[x]} Sobre el particular, el artículo 70 de la [Ley 100 de 1993](#) estipula el siguiente:

Art. 70. Financiación de la pensión de invalidez. Las pensiones de invalidez se financiarán con la cuenta individual de ahorro pensional del afiliado, el bono pensional si a éste hubiere lugar, y la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. La suma adicional estará a cargo de la aseguradora con la cual se haya contratado el seguro de invalidez y de sobrevivientes.

El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en virtud de cotizaciones voluntarias, no hará parte del capital para financiar las pensiones de invalidez, salvo que así lo disponga el afiliado, o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de invalidez. El pensionado por invalidez podrá disponer del monto de las cotizaciones voluntarias no utilizado.

Cuando de conformidad con lo previsto en el artículo 44 de la presente ley se determine la cesación del estado de invalidez, la compañía de seguros deberá reintegrar a la cuenta individual de ahorro pensional, el saldo no utilizado de la reserva para pensiones, en la parte que corresponda a capital más los rendimientos, de la cuenta de ahorro individual y al bono pensional.

En los eventos de que trata el inciso anterior, los afiliados tendrán derecho a que el Estado les habilite como semanas cotizadas aquéllas durante las cuales gozaron de la respectiva pensión. Esta habilitación del número de semanas será aplicable sólo cuando el Estado deba pagar garantía de pensión mínima.

PAR. —El afiliado podrá contratar la pensión de invalidez con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo (§ 5463).

^{11[x]} Código de Comercio. Art. 1081. La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.

Para el apoderado, la posición adoptada por Seguros Colpatria es inadmisibile, en la medida en que desconoce que la mencionada póliza, al estar dirigida al pago de aportes para el sistema general de seguridad social, debe regularse por sus normas y no por las disposiciones mercantiles. En este sentido, como la jurisprudencia laboral, contenciosa y constitucional insiste en la imprescriptibilidad del derecho a la pensión^{12[xii]}, no resulta oponible la prescripción expresada por la firma aseguradora. Así, la negativa de Colpatria de concurrir al pago de la suma adicional necesaria para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes afectaba tanto el derecho a la seguridad social del actor y su familia, como el equilibrio financiero de la administradora de pensiones, que estaba en imposibilidad de cubrir con sus propios recursos el pago de los aportes mencionados.

Finalmente, la entidad demandada expresó que incluso si en gracia de discusión se aceptara la aplicación de las normas mercantiles sobre la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, la interpretación realizada por Colpatria resultaba errónea, pues contabilizaba el término a partir de la ocurrencia del siniestro y no desde el momento en que Colfondos S.A. conoció acerca de la muerte de su afiliada. En su criterio, esta conclusión desconocía “i) que nadie está obligado a lo imposible, es decir, a conocer la verdadera fecha de la muerte de una persona pese a que no haya sido comunicada por los beneficiarios; ii) que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes no tienen la posibilidad jurídica de acudir directamente a la compañía de seguros a solicitarle la suma adicional; iii) que la prescripción corre por separado para las diferentes partes del contrato de seguro, dado que existen multiplicidad de relaciones derivadas de dicho vínculo contractual, tal como lo reconoció la Corte Suprema de Justicia; iv) que la prescripción no corre contra quien ha podido o debido conocer de la existencia del siniestro.”

4.2. Integración del contradictorio

Analizado el expediente sometido a revisión, la Sala estimó que se había integrado indebidamente el contradictorio en su extremo pasivo, en la medida en que el Hospital Departamental San Cristóbal E.S.E. de Ciénaga, Magdalena no concurrió durante el trámite de la acción de tutela. En tal razón, a través de providencia del 18 de agosto de 2005, dispuso que la Secretaría General de la Corte informara al representante legal de dicha institución sobre la existencia de la presente acción, con el objeto que se pronunciara acerca de los problemas suscitados, las pretensiones del actor y el estado actual del proceso.

La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho.

Estos términos no pueden ser modificados por las partes.

^{12[xii]} La entidad cita las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia del 7 de mayo de 1992 (radicación 4907), del 5 de agosto de 1998 (radicación 1213) y del 8 de noviembre de 1999 (radicación 12274). Igualmente de la Sala Segunda del Consejo de Estado cita las sentencias del 2 de marzo de 2000 de la subsección B, del 7 de marzo de 2002 de la subsección A y del 21 de agosto de 2003 de la subsección B. Por último, de esta Corporación hace referencia a las sentencias [C-230/98](#), [C-198/99](#) y [C-624/99](#).

Así, por medio de oficio del 9 de septiembre de 2005, el Gerente del Hospital San Cristóbal manifestó que de conformidad con el artículo 58 de la [Ley 715 de 2001](#), los aportes destinados a la seguridad social con cargo a los recursos de las empresas sociales del Estado, debían girarse por la Nación directamente a las administradoras de pensiones. En este sentido, el aporte en mora correspondía al porcentaje de la cotización a cargo del trabajador, el cual no había sido transferido al sistema debido a la aguda y prolongada crisis financiera de la institución. *“No obstante, al interior de la Entidad se ha llevado a cabo un proceso de saneamiento de los aportes patronales, dentro de los que se incluyen desde luego los debidos a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías COLFONDOS, a la que se encontraba afiliada la señora ROSA ROA (Q.E.P.D.). Esto, con miras a cubrir el pasivo que tiene el Hospital por este concepto.”*

Agregó que con base en el convenio de desempeño suscrito por el Hospital con el Departamento del Magdalena y el Ministerio de Protección Social, había ordenado el reconocimiento y pago a favor del actor de los salarios y prestaciones adeudadas a su fallecida esposa, suma que fue consignada en la cuenta de ahorros del ciudadano Traslaviña Silva en enero de 2005.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Problema jurídico

De conformidad con los antecedentes expuestos y las pruebas practicadas en sede de revisión por la Corte Constitucional, corresponde a la Sala determinar si se vulneran los derechos fundamentales de un ciudadano quien, en condición de desplazamiento forzado, no le es otorgada una pensión de sobrevivientes debido a las diferencias legales entre la administradora de fondos de pensiones y la compañía aseguradora con la que ha suscrito la póliza para el cubrimiento de los aportes adicionales necesarios para el reconocimiento y pago de la mencionada prestación.

Con este propósito, la Sala reiterará el precedente constitucional relativo a los requisitos de la procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de las prestaciones laborales. Luego, realizará algunas consideraciones sobre el derecho de seguro inherente al régimen de la pensión de sobrevivientes y la inoponibilidad de las controversias jurídicas entre las instituciones del sistema de seguridad social respecto a los derechos prestacionales de sus usuarios. Por último, con base en las reglas jurisprudenciales que se obtengan del análisis anterior, resolverá el caso concreto.

Procedencia excepcional de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Reiteración de jurisprudencia

De acuerdo con el relato fáctico expuesto en la presente decisión, la controversia jurídica materia de este trámite hace referencia a la exigibilidad del derecho a la pensión de sobrevivientes del actor y su menor hija, derivada de la muerte de la ciudadana Rosa Roa. Este conflicto, de manera general, debe tramitarse a través de los procedimientos propios de la jurisdicción laboral ordinaria, en cuanto constituye un litigio entre la entidad

accionada, en su condición de administradora de riesgos profesionales y uno de sus usuarios.

Bajo esta perspectiva y conforme con lo dispuesto en el artículo 86 Superior, el amparo constitucional sólo es procedente de manera subsidiaria cuando dichos mecanismos (i) habida cuenta las características del caso concreto no resultan idóneos; o (ii) comprobándose esa idoneidad, empero se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable.^{13[xiii]} Esta conclusión parte de la premisa que, con base en los artículos 2º 4º y 5º de la Carta Política, el ejercicio de la administración de justicia en todos sus niveles, al constituir función pública, está dirigida de forma prevalente hacia la protección de los derechos fundamentales. De este modo, el amparo de los derechos mencionados a través de la acción de tutela es una posibilidad excepcional, supeditada al cumplimiento de determinadas condiciones.

La jurisprudencia constitucional se ha ocupado en diversas oportunidades de definir los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela ante la existencia de otros mecanismos judiciales de protección. La doctrina reiterada sobre la materia fue expuesta en la sentencia [T-225/93](#), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa^{14[xiv]}, decisión que describió los requisitos para la comprobación del perjuicio irremediable.

“Al examinar cada uno de los términos que son elementales para la comprensión de la figura del perjuicio irremediable, nos encontramos con lo siguiente:

- A). El perjuicio ha de ser *inminente*: "que amenaza o está por suceder prontamente". Con lo anterior se diferencia de la expectativa ante un posible daño o menoscabo, porque hay evidencias fácticas de su presencia real en un corto lapso, que justifica las medidas prudentes y oportunas para evitar algo probable y no una mera conjetura hipotética. Se puede afirmar que, bajo cierto aspecto, lo inminente puede catalogarse dentro de la estructura fáctica, aunque no necesariamente consumada. Lo inminente, pues, desarrolla la operación natural de las cosas, que tienden hacia un resultado cierto, a no ser que oportunamente se contenga el proceso iniciado. Hay inminencias que son incontenibles: cuando es imposible detener el proceso iniciado. Pero hay otras que, con el adecuado empleo de medios en el momento oportuno, pueden evitar el desenlace efectivo. En los casos en que, por ejemplo, se puede hacer cesar la causa inmediata del efecto continuado, es cuando vemos que desapareciendo una causa perturbadora se desvanece el efecto. Luego siempre hay que mirar la causa que está produciendo la inminencia.
- B). Las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser *urgentes*, es decir, como calidad de urgir, en el sentido de que hay que

^{13[xiii]} Cfr. Corte Constitucional, Sentencia [SU-1070/03](#).

^{14[xiv]} Este precedente ha sido sistemáticamente utilizado en varias decisiones de la Corte, entre otras, las sentencias [T-789/00](#), M.P. Vladimiro Naranjo Mesa; [SU-544-01](#), M.P. Alejandro Martínez Caballero; [T-803/02](#), M.P. Álvaro Tafur Galvis; [T-882/02](#), M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; [T-922-02](#), M.P. Rodrigo Escobar Gil, [T-1125/04](#), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa y [T-691/05](#), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

instar o precisar una cosa a su pronta ejecución o remedio tal como lo define el Diccionario de la Real Academia. Es apenas una adecuación entre la inminencia y la respectiva actuación: si la primera hace relación a la prontitud del evento que está por realizarse, la segunda alude a su respuesta proporcionada en la prontitud. Pero además la urgencia se refiere a la precisión con que se ejecuta la medida, de ahí la necesidad de ajustarse a las circunstancias particulares. Con lo expuesto se verifica cómo la precisión y la prontitud dan señales la oportunidad de la urgencia.

C). No basta cualquier perjuicio, se requiere que éste sea *grave*, lo que equivale a la gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona. La gravedad obliga a basarse en la importancia que el orden jurídico concede a determinados bienes bajo su protección, de manera que la amenaza a uno de ellos es motivo de actuación oportuna y diligente por parte de las autoridades públicas. Luego no se trata de cualquier tipo de irreparabilidad, sino sólo de aquella que recae sobre un bien de gran significación para la persona, objetivamente. Y se anota la objetividad, por cuanto la gravedad debe ser determinada o determinable, so pena de caer en la indefinición jurídica, a todas luces inconveniente.

D). La urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea *impostergable*, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad. Si hay postergabilidad de la acción, ésta corre el riesgo de ser ineficaz por inoportuna. Se requiere una acción en el momento de la inminencia, no cuando ya haya desenlace con efectos antijurídicos. Se trata del sentido de precisión y exactitud de la medida, fundamento próximo de la eficacia de la actuación de las autoridades públicas en la conservación y restablecimiento de los derechos y garantías básicos para el equilibrio social.

De acuerdo con lo que se ha esbozado sobre el perjuicio irremediable, se deduce que hay ocasiones en que de continuar las circunstancias de hecho en que se encuentra una persona, es inminente e inevitable la destrucción grave de un bien jurídicamente protegido, de manera que urge la protección inmediata e impostergable por parte del Estado ya en forma directa o como mecanismo transitorio.”

El mismo precedente, sin embargo, ha aclarado que la verificación de los requisitos mencionados no opera en abstracto, sino que debe consultar las características de cada uno de los casos sometidos al conocimiento de la jurisdicción constitucional. Con base en lo anterior, decisiones de esta Corporación han admitido que la regla de comprobación del perjuicio irremediable debe matizarse en su aplicación para el caso de los sujetos de especial protección constitucional. A esta conclusión arribó la sentencia [T-1316 de 2001](#), M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, fallo que al estudiar el caso de un grupo de adultos mayores pensionados, quienes solicitaban la reliquidación de su pensión de jubilación, concluyó que si bien la condición de sujeto de especial protección constitucional no era un condicionante que llevara por sí mismo a la acreditación del perjuicio irremediable, debía tenerse en cuenta que las circunstancias que para la generalidad de las personas podían

no constituir dicho perjuicio alcanzarían esa entidad para el caso de las personas en condiciones de debilidad manifiesta.

Por lo tanto, en relación con dichos grupos de la población, la comprensión del perjuicio irremediable posee una naturaleza dual, puesto que *“tratándose de sujetos de especial protección, el concepto de perjuicio irremediable debe ser interpretado en forma mucho más amplia y desde una doble perspectiva. De un lado, es preciso tomar en consideración las características globales del grupo, es decir, los elementos que los convierten en titulares de esa garantía privilegiada. Pero además, es necesario atender las particularidades de la persona individualmente considerada, esto es, en el caso concreto”*.

Así, la existencia del perjuicio irremediable responde al cumplimiento de determinadas condiciones, referidas a la inminencia del daño, su gravedad, la necesidad urgente de medidas de protección de los derechos fundamentales y la impostergabilidad de esas acciones. Además, la valoración fáctica de estos requisitos no opera en abstracto, sino en consideración de las circunstancias de cada caso concreto. En tal razón, las condiciones de debilidad manifiesta de quien reclama el amparo constitucional resultan relevantes para atenuar la calificación de los mencionados requisitos.

Conforme a estas consideraciones, la Corte Constitucional ha fijado las reglas para la procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes. Como se anotó anteriormente, esta pretensión es un asunto propio de la competencia de la justicia laboral, por lo que el amparo constitucional es procedente como mecanismo transitorio sólo cuando se ha acreditado la inminencia de un perjuicio irremediable, que en ese asunto particular está relacionado con el hecho que *“(i) la prestación económica que percibía el trabajador o pensionado fallecido constituye el sustento económico de su grupo familiar dependiente; y (ii) los beneficiarios de la pensión carecen, después de la muerte del trabajador o pensionado, de otros medios para garantizarse su subsistencia, por lo cual quedan expuestos a un perjuicio irremediable derivado de la afectación de su derecho fundamental al mínimo vital”*^{15[xv]}. Además, la intensidad en la comprobación del perjuicio mencionado deberá tener en cuenta las condiciones particulares de quien reclama la prestación, por lo que adquiere un sentido amplio para el caso de las personas que, por sus condiciones de debilidad manifiesta, son titulares de la especial protección del Estado.

Elemento de seguro de la pensión de sobrevivientes. Efectos del pago de la prima de seguro por los aportes adicionales

De la lectura de las normas legales que regulan la materia se infiere que la pensión de sobrevivientes^{16[xvi]} es una prestación propia del sistema general de seguridad social en salud, que tiene como objeto que las personas que dependían del trabajador afiliado o del pensionado, según el caso, reciban una prestación económica que les permita garantizar sus condiciones materiales de subsistencia. Esta prestación, entonces, tiene dos orígenes alternativos: La subrogación al núcleo familiar dependiente de la pensión devengada por el afiliado, o el cubrimiento del riesgo de la muerte del trabajador cotizante

^{15[xv]} Cfr. Corte Constitucional, sentencia [T-134/04](#). En el mismo sentido, la sentencia [T-1283/01](#), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

^{16[xvi]} [Ley 100 de 1993](#), Art. 46 y siguientes.

al sistema, a través del pago de una prestación periódica a favor de la familia sobreviviente.

Es con base en esta última consideración que la jurisprudencia constitucional ha concluido que para el caso de pensión de sobrevivientes concurre un “*elemento de seguro*” que garantiza la subsistencia de quienes dependían del salario del trabajador fallecido. Sobre este particular, la sentencia [C-617 de 2001](#), M.P. Álvaro Tafur, al analizar la constitucionalidad de algunas disposiciones contenidas en la [Ley 100 de 1993](#), estimó: *“En este sentido debe tenerse en cuenta que las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se consagran dentro de un sistema de aseguramiento, por lo que quien está cotizando, paga el costo de esa protección, con lo que se asegura además su fidelidad al sistema-otro de los objetivos de la norma-que permite la aplicación de los principios de solidaridad y universalidad señalados en la Constitución para el sistema de seguridad social, al generar un fondo común que financia estas pensiones de invalidez y sobrevivencia tanto en el caso del régimen de prima media-a través de una cuenta separada para este efecto-como en el caso del régimen de ahorro individual-a través de una compañía de seguros-(artículo 20 de la [Ley 100 de 1993](#)).*

“Cabe recalcar al respecto, que en la pensión de sobrevivientes hay entonces “un elemento de seguro”^{17[xvii]}, por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.”

Así, el régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes permite concluir que el pago de la cotización al sistema general de seguridad social en pensiones no tiene como único objetivo acumular las sumas que financien una futura pensión de vejez, sino también permitir el aseguramiento del riesgo de subsistencia del núcleo familiar dependiente del trabajador cotizante. En consonancia con lo anterior, el artículo 70 de la [Ley 100 de 1993](#) estipula como una de las fuentes de financiación de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad el pago de *“la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión.”* Además, establece que este valor estará a cargo de la aseguradora que para el efecto contrate la administradora de pensiones correspondiente.

En conclusión, de las disposiciones anotadas se colige que la cotización al sistema de seguridad social contiene un elemento de seguro en cuanto a la financiación de la pensión de sobrevivientes. Por lo tanto, las administradoras de pensiones, en aras de cumplir adecuadamente con su obligación de reconocer y pagar la prestación, tienen la obligación legal de suscribir pólizas destinados al cubrimiento de las sumas adicionales ante la contingencia de la muerte del trabajador cotizante y descontar de los aportes el porcentaje destinado al pago de la prima de aseguramiento respectiva, a fin de garantizar la concurrencia de la aseguradora en la financiación de la prestación a favor de los beneficiarios previstos por el legislador.

^{17[xvii]} Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Folio 24.

Inoponibilidad de los conflictos entre las entidades del sistema de seguridad social en salud respecto a la eficacia de los derechos prestacionales de los afiliados. Reiteración de jurisprudencia

Uno de los ámbitos en los que se concretiza el derecho constitucional a la seguridad social es a través del reconocimiento y pago de las prestaciones propias del sistema general de pensiones, destinadas a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte. En efecto, estos emolumentos garantizan que ante el riesgo de situaciones que impiden percibir los ingresos derivados de la relación laboral, el trabajador y las personas a su cargo cuenten con las condiciones materiales mínimas para su subsistencia.

La relación entre la eficacia del derecho fundamental al mínimo vital de los afiliados y beneficiarios a la seguridad social y el adecuado suministro de las prestaciones propias de ese sistema, ha permitido a la jurisprudencia constitucional concluir que las omisiones, las acciones negligentes y, en general, las deficiencias de índole administrativa de las entidades del sistema de seguridad social carecen de un alcance tal que impidan el reconocimiento de las prestaciones mencionadas. En ese sentido, para citar una aplicación concreta de esta tesis, la sentencia [SU-562 de 1999](#)^{18[xviii]} estimó que las entidades prestadoras de salud no quedaban exoneradas integralmente de prestar la atención en salud de sus afiliados ante la mora del empleador, pues no podían trasladar su negligencia en el cobro de estas sumas en contra de quienes requerían con urgencia los servicios médicos asistenciales.

De la misma manera, la sentencia [C-177 de 1998](#)^{19[xix]}, que analizó la constitucionalidad de algunas normas de la [Ley 100 de 1993](#) relativas a las condiciones para acceder a la pensión de jubilación, concluyó que existía un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión *“que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48).”* Este contenido, para la misma sentencia, hacía que el trabajador solicitante de la prestación no pudiera resultar afectado por los conflictos surgidos entre los empleadores y las administradoras de pensiones respecto al pago de las cotizaciones al sistema, más aun cuando el legislador había previsto mecanismos específicos para que éstas pudieran exigir coactivamente dichas sumas.

Conforme a este precedente constitucional sobre la materia, entonces, se infiere que el reconocimiento y pago de las pensiones destinadas a cubrir los riesgos de invalidez, vejez y muerte están relacionados con la protección de distintos derechos fundamentales del trabajador y su núcleo familiar dependiente, razón por la cual son prestaciones que adquieren relevancia constitucional de conformidad con lo dispuesto en el artículo 48 Superior, adicionado por el [Acto Legislativo 01 de 2005](#). En ese sentido, si concurren los requisitos legales para acceder a la prestación, los conflictos generados entre las

¹⁸[xviii] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

¹⁹[xix] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

entidades del sistema de seguridad social o entre éstas y los empleadores responsables de retener y trasladar los aportes, no pueden enervar la posibilidad de acceder a las mencionadas prestaciones.

Caso concreto

De acuerdo con los antecedentes del asunto bajo estudio y de las pruebas practicadas por la Sala en sede de revisión se tiene que el ciudadano Silva Traslaviña, quien se encuentra en condición de desplazamiento forzado, solicita a Colfondos S.A. el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes para sí y para su menor hija, en razón del fallecimiento de su esposa Rosa Roa, de quien dependían económicamente. Empero, la entidad demandada no reconoce la prestación, debido a que no obstante los interesados han cumplido con los requisitos legales para ello, la aseguradora Colpatria, con quien Colfondos S.A. suscribió el contrato de seguro destinado al cubrimiento de las sumas adicionales previstas en el artículo 70 de la [Ley 100 de 1993](#), se niega a transferir el valor de las sumas adicionales, pues en su criterio operó la prescripción prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Así las cosas, para la resolución del presente asunto es necesario determinar (i) si se cumplen los requisitos para la procedencia de la acción de tutela como mecanismo transitorio para obtener el reconocimiento y pago de prestaciones laborales y (ii) si la entidad demandada vulneró los derechos fundamentales invocados por el actor.

Respecto del primer asunto, la Sala observa que la situación de desarraigo del demandante y su menor hija los hace titulares de la especial protección del Estado, puesto que el desplazamiento forzado pone en grave riesgo diversos derechos fundamentales, entre ellos la vida en condiciones dignas, la integridad física, el mínimo vital y los derechos de los niños^{20[xx]}. En consecuencia, para la determinación del perjuicio irremediable deberá atenuarse en razón a las particulares condiciones del actor.

Visto lo anterior, la Sala advierte que si bien el actor y su menor hija cuentan con las acciones propias de la jurisdicción laboral para obtener el reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, estas no resultan idóneas en la medida en que dependían materialmente de la ciudadana Rosa Roa, por lo que la falta de pago de la prestación solicitada afecta su mínimo vital, circunstancia que resulta agravada por la situación de desplazamiento forzado, que *prima facie* les impide acceder a otras fuentes de ingreso. Por tanto, para el asunto bajo examen se está ante la inminencia de un perjuicio irremediable fundado en la grave vulneración de derechos fundamentales, que requiere la aplicación de medidas urgentes e impostergables, destinadas a proteger las garantías constitucionales del actor y su núcleo familiar.

En lo que hace referencia a la afectación de los derechos fundamentales, la Corte encuentra que, conforme lo expresado por el apoderado de Colfondos S.A., el actor cumplió con los requisitos para obtener la prestación social, la cual no ha sido reconocida debido a las diferencias entre la entidad demandada y la aseguradora Colpatria respecto al cubrimiento de la suma adicional. Por lo tanto, la entidad demandada opuso los efectos de sus controversias contractuales particulares en contra del ejercicio de los derechos

^{20[xx]} Cfr. Corte Constitucional, sentencia [T-025/04](#), M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

prestacionales del actor, situación que contradice las reglas jurisprudenciales reiteradas en apartado anterior de esta sentencia y que pone en riesgo el mínimo vital del ciudadano Silva Traslaviña y su núcleo familiar.

Además, la Sala considera importante resaltar que la controversia citada es un asunto que compete de forma exclusiva a Colfondos S.A., que es la única entidad legitimada para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. De esta manera, no resulta admisible que la prestación requerida por el actor se vea supeditada a la solución de conflictos jurídicos ante los cuales carece de legitimación activa para acudir ante la jurisdicción. Como se indicó anteriormente, es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, entre ellas el aseguramiento de sus fuentes de financiación.

En ese sentido, ante la renuencia de la aseguradora en cubrir el valor de las sumas adicionales, corresponde a la entidad demandada, en su condición de responsable de la prestación económica, ejercer las acciones legales tendientes al pago del siniestro, sin que pueda diferir el reconocimiento y pago de la pensión a las resultas de ese litigio, pues ello constituiría una carga irrazonable para el beneficiario de la prestación.

Con base en los anteriores argumentos, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá la tutela de los derechos invocados. En consecuencia, ordenará a Colfondos S.A. que reconozca y proceda a pagar la pensión de sobrevivientes a favor del ciudadano Traslaviña Silva.

Acerca de esta orden de protección, la Sala considera pertinente señalar que la jurisprudencia constitucional aplicable a la materia hace referencia a la protección transitoria de los derechos fundamentales en los casos en que se interpone el amparo constitucional para obtener el pago de prestaciones sociales. No obstante, el mismo precedente ha contemplado la existencia de casos excepcionales, en los que las circunstancias de debilidad grave y manifiesta hacen que los instrumentos judiciales ordinarios resulten absolutamente ineficaces para lograr la adecuada protección de los derechos constitucionales. Así, en estos eventos particulares resulta procedente la tutela como mecanismo definitivo. Ejemplo de esta tesis es la sentencia [T-401de](#) 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil. En esa ocasión, la Sala Quinta de Revisión analizó el caso de una persona adulta mayor y discapacitada, a quien no se le había reconocido la pensión de sobrevivientes, pese a haber acreditado los requisitos legales para ello. En ese caso, la Corte ordenó la protección definitiva de los derechos invocados en razón de las condiciones extremas que presentaba el accionante. Al respecto, la decisión en comento señaló:

“Bajo las anteriores consideraciones, es menester anotar que el presente caso pocas dudas deja respecto de la débil y disminuida situación de salud que padece el demandante, pues las especificaciones de su situación podrían definirse de la siguiente manera: persona de la tercera edad, con retardo mental congénito por hidrocefalia perinatal y macrocefalia, no puede decidir por sí mismo, fue declarado inválido permanente según evaluación de la Caja Nacional de Previsión y tiene como curadora a su hermana como resultado

de un proceso de interdicción judicial.

Igualmente, su precaria condición económica se evidencia con las declaraciones de su hermana, cuando manifiesta que es urgente contar con la mencionada pensión por cuanto se amenaza la subsistencia de su hermano y se empeoran sus condiciones mínimas de vida ante la carencia de medios para su manutención. Ello deja ver otra vulneración grave a entidades constitucionales como el derecho a la dignidad, en la medida en que tratándose de una persona que no cuenta con ninguna fuente de ingresos y que no tiene la capacidad de operar en el mercado laboral, negarle una pensión de invalidez, equivale a someter arbitrariamente su bienestar a la voluntad o capacidad de terceras personas, lo que compromete seriamente la dignidad, la igualdad y la autonomía. Al respecto, esta Corporación ha considerado que el principio de dignidad humana resulta vulnerado cuando se somete a una persona a vivir de la caridad ajena, existiendo la posibilidad de que tenga acceso a unos recursos económicos propios que le permitan subvenir algunas de sus necesidades básicas.^{21[xxi]}

De este modo, la Sala reitera la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ha señalado que el titular de un derecho fundamental en condiciones de debilidad manifiesta requiere el amparo urgente de sus derechos, dada la gravedad del perjuicio que afronta^{22[xxii]}. En consecuencia, lo procedente en este caso es revocar las decisiones de instancia, que se apartaron de los dictados constitucionales, y en tanto se trata de un discapacitado de la tercera edad, se concederá la tutela como mecanismo definitivo, para que la entidad accionada revoque la resolución de 29 de abril de 2002 y profiera acto administrativo mediante el cual resuelva nuevamente y de manera favorable el derecho que le asiste al [actor]”

Consideraciones similares son aplicables para el asunto bajo estudio. En efecto, la situación del desplazamiento forzado, como se tuvo oportunidad de señalar, deja al actor y a su familia en circunstancias de debilidad manifiesta, puesto que el desarraigo de sus lugares de origen les priva de toda forma de ingreso económico y los expone a la amenaza cierta de su derecho al mínimo vital. Bajo estos supuestos, imponer al demandante desplazado la obligación de reclamar ante la jurisdicción ordinaria la prestación, cuando carece de los recursos mínimos para ello y, además, la misma entidad demandada reconoce que se han cumplido los requisitos a cargo de los interesados para acceder a la pensión, constituiría una carga desproporcionada, contraria a la eficacia material de los derechos fundamentales invocados. Por lo tanto, se impone conceder el amparo constitucional como mecanismo definitivo.

Igualmente, en aras de garantizar el cumplimiento de lo ordenado, la Sala comunicará esta decisión al Defensor del Pueblo para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ejerza la vigilancia correspondiente.

^{21[xxi]} [T-378 de 1997](#), M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

^{22[xxii]} [T-143 de 1998](#), [T-417 de 1997](#), [T-515 de 1997](#) y [T-762 de 1998](#) entre otras.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Santa Marta el 7 de febrero de 2005 y por el Juzgado Primero Penal del Circuito de la misma ciudad el 31 de marzo de 2005, que negaron la protección de los derechos invocados por el actor. En su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas del ciudadano Rodrigo Traslaviña Silva y de la menor Mirna Edith Traslaviña Roa.

SEGUNDO: En consecuencia, **ORDENAR**, al representante legal de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.- Colfondos S.A. que en el término de diez (10) días, contados a partir de la notificación de esta sentencia, proceda a reconocer y pagar a favor del ciudadano Rodrigo Traslaviña Silva y su menor hija Mirna Edith Traslaviña Roa la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento de la afiliada Rosa Roa.

TERCERO. Por Secretaría General de la Corte Constitucional, **COMUNICAR** esta decisión al señor Defensor del Pueblo, con el fin que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ejerza la vigilancia sobre el cumplimiento de lo ordenado en el numeral anterior.

CUARTO: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del [Decreto Ley 2591 de 1991](#).

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado Ponente
Presidente de la Sala

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado

MARCO GERARDO MONROY CABRA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General

2. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA SEGUNDA DE REVISIÓN. Sentencia T-236 (30, marzo, 2007). M.P. Jaime Córdoba Triviño.

Sentencia T-236/07

Reiteración de Jurisprudencia

Referencia: expediente T-1516065.^{23[i]}

Acción de tutela instaurada por María Inés Serna de Echeverri, contra Colfondos S.A.

Magistrado Ponente:
Dr. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA

Bogotá D.C., treinta (30) de marzo de dos mil siete (2007).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño y Rodrigo Escobar Gil, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo del 31 de octubre de 2006, adoptado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, para resolver la acción de tutela instaurada por María Inés Serna de Echeverri contra Colfondos S.A..

I. ANTECEDENTES

María Inés Serna de Echeverri, instauró el 7 de septiembre de 2006, acción de tutela contra la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS, por considerar que esa empresa vulneró sus derechos fundamentales a la vida, vivienda digna, a la tercera edad, a la salud y al mínimo vital al negarse a reconocerle la pensión de sobrevivientes. Los hechos que fundamentan la acción de tutela son los siguientes:

1. Hechos

La accionante solicitó a Colfondos S.A., el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la que considera tener derecho en calidad de madre dependiente económicamente de su hijo el señor Hugo Nelson Echeverri Serna, quien falleció el 29 de octubre de 2003, siendo afiliado a la AFP desde el 1º de enero de 1995, en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS, como empleado cotizante al servicio de la empresa VISE.

^{23[i]} Mediante auto proferido el 30 de enero de 2007 por la Sala de Selección N° 1 fue elegido, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia.

Sostiene la actora que no obstante tener el derecho para reclamar el beneficio solicitado en razón a que cumple con el requisito establecido en ley 100 de 1993, pues su hijo cotizó cincuenta semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, la empresa accionada, mediante oficio del 26 de agosto de 2005, le exigió aclarar las cotizaciones efectuadas por concepto de pensiones entre el 16 de septiembre de 1988 y el 27 de octubre de 1994, información que considera no relevante para el reconocimiento de la pensión.

Indica que mediante oficio del 17 de enero de 2006, Colfondos S.A., objetó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, aduciendo la prescripción. Adicionalmente, el 26 de abril del mismo año, la AFP le hizo una preliquidación del Bono Pensional por valor de \$10'203.000.00, con la cual no se encuentra conforme, en tanto que su derecho es a obtener la pensión de sobrevivientes.

Afirma que dependía económicamente de su difunto hijo, y además que no posee *“...bienes ni tampoco percibo ingreso alguno, ni colaboración económica de nadie...”*. Adicionalmente sostiene que *“...la única entrada de dinero n (sic) mi hogar la hacía mi difunto hijo, es por eso que la negligencia y negativa por parte de COLFONDOS (PENSIONES Y CESANTIAS) A OTORGARME LA PENSION DE SOBREVIVIENTES me causa un daño irremediable que debe ser evitado a través de este instrumento constitucional.”*

2. Contestación de la Administradora de Fondos de Pensiones accionada

El representante legal de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., COLFONDOS, mediante escrito dirigido al Juzgado 3º Civil Municipal de Medellín, dio respuesta a la acción de tutela en los siguientes términos:

En primer lugar hace un recuento de los antecedentes que dieron lugar a que la AFP objetara la solicitud de la pensión de sobrevivencia reclamada por la señora María Inés Serna de Echeverri el día 11 de marzo de 2004, en calidad de madre del causante.

En segundo lugar con base en lo dispuesto en los artículos 20, 60, 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, concluye que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad- RAIS, que se basa en la existencia de cuentas de ahorro individual en las que cada afiliado aporta durante su vida laboral: (i) los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados corresponden a las compañías de seguros con las que contrata la póliza previsional y no a los fondos de pensiones; (ii) las compañías de seguros que trabajan el ramo previsional asumen dichos riesgos como contraprestación por las primas que cobran por la póliza previsional; (iii) el pago de pensiones de invalidez y sobrevivencia requiere que la compañía de seguros suministre la suma adicional y (iv) el pago de la prima del seguro previsional se realiza con cargo a los aportes efectuados por el afiliado, que espera recibir como contraprestación el pago de la suma adicional, para que así se pueda financiar su pensión.

En tercer lugar afirma, con apoyo en varias sentencias de la Corte Constitucional, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, que dado que la seguridad social es un servicio público de carácter obligatorio y a la vez un derecho irrenunciable, el derecho a la

pensión por ser de carácter vitalicio es imprescriptible y los aportes que se hacen por concepto de pensiones tienen una destinación específica.

En consecuencia, siendo claro que el pago de la prima para el seguro previsional, debe dar lugar al otorgamiento de cobertura de riesgo de invalidez y sobrevivencia de los afiliados al RAIS, considera que no es viable aplicar a la póliza previsional la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, en tanto que de una parte, deja sin efecto el pago de la prima y de otra, determina de esta manera una destinación diferente dado que estos recursos jamás podrán regresar al sistema. Además implica que las AFP deban asumir el carácter de aseguradoras respecto de los siniestros que no son reconocidos por la compañía de seguros previsionales, sufragando la suma adicional.

Explica que la suma adicional corresponde a la diferencia entre el capital necesario para financiar el pago de una pensión, luego de descontar el saldo de la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, sus rendimientos y el valor del bono pensional, que se encuentra a cargo de las compañías aseguradoras con las que las administradoras del régimen de ahorro individual hubieran tomado la póliza de invalidez y de sobrevivencia, previo el pago de una prima mensual que se financia con un porcentaje del aporte que hacen los afiliados. Por tanto, cuando una compañía aseguradora expide una póliza de seguro previsional con la que se financiará la suma adicional, se somete al régimen especial propio de la seguridad social.

Con base en lo dispuesto en los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, concluye que: (i) para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivencia en el RAIS, es necesario completar el capital que financie la pensión con la suma adicional la cual estará a cargo de la compañía aseguradora y (ii) la única obligación que en materia de suma adicional tiene las AFP es la contratación de la póliza previsional, con lo cual se desplazan los riesgos de invalidez y muerte a la compañía de seguros, por tanto una vez contratada la póliza la compañía de seguros se vuelve operadora del sistema de seguridad social en la parte que corresponde y en consecuencia debe cumplir con sus obligaciones para efectos de que pueda efectuar el reconocimiento de la respectiva pensión cuando se acrediten los requisitos legales.

Señala, con apoyo en el concepto proferido el 19 de diciembre de 2005, por la Superintendencia Financiera de Colombia que el artículo 1081 del Código de Comercio no es aplicable a la póliza previsional, en tanto que dada la especial naturaleza jurídica de los seguros previsionales cuyas características las hacen diferentes de los seguros tradicionales, no le resulta aplicable las normas del derecho privado y en especial la relativa a la prescripción de las acciones, en tanto que su aplicación haría nugatorio el derecho a la pensión que es de carácter imprescriptible.

Por lo anterior, afirma que si a las AFP se le obliga a asumir los riesgos de invalidez y muerte, pagando la suma adicional que está a cargo de la compañía aseguradora por la aplicación de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio, se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del sistema pensional y se atentaría contra su propio patrimonio, puesto que al no recibir la prima de seguro, que es trasladada a las compañías de seguro con las que se contrata la póliza provisional, se verían avocadas a la insolvencia por el pago de pensiones sin tener los recursos ni el capital necesarios para ello. Además, se vulnera el espíritu de la Carta Política, que consagró en su última

reforma aprobada mediante acto legislativo, la obligación del Estado de garantizar la estabilidad financiera del sistema pensional.

Considera que la acción de tutela es procedente contra la Aseguradora Colpatria, en tanto que con su conducta se vulneran los derechos fundamentales de los beneficiarios de la pensión, ya que en la mayoría de los casos la subsistencia es derivada de los ingresos del miembros del grupo familiar que ha fallecido. Así mismo, con la aplicación de la prescripción, Colpatria busca la protección de sus intereses comerciales, pues evita el desembolso de un capital que también puede proteger sin lesionar derechos fundamentales acudiendo a la jurisdicción ordinaria para dirimir el conflicto que se presenta respecto de la prescripción de las acciones.

Destaca el representante de Colfondos, que la actitud de Colpatria ha sido dilatoria y negligente y dirigida a encaminar y acomodar la reclamación a su interpretación de la prescripción, pues se tomó del 15 de diciembre de 2004 hasta el 23 de diciembre de 2005, para solicitar información adicional en varias oportunidades, no obstante que la AFP remitió oportunamente los documentos soporte que acreditaban la existencia del siniestro y su responsabilidad indemnizatoria. Así, no le quedaba sino reconocer la suma adicional en el término de 2 días siguientes a la reclamación y no esperar a que se cumplieran los 2 años, interpretando a su acomodo el artículo 1081 del Código de Comercio, para alegar la prescripción y eludir su responsabilidad lo que denota mala fe en su actuar.

Asegura que existe una indebida interpretación del citado artículo 1081 por parte de la Aseguradora Colpatria, al tener en cuenta que los términos de la prescripción ordinaria se cuentan a partir de la muerte del afiliado y no del momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción como lo dice la norma. Lo anterior en armonía con lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 876 de 1994, según el cual le corresponde únicamente a la AFP formular la reclamación de la suma adicional.

Así mismo estima que la prescripción ordinaria corre por separado para las distintas partes que integran el contrato de seguro, dado que existen múltiples relaciones que se derivan del vínculo contractual. Por tanto, el término de prescripción para la AFP, solo podría correr a partir del momento en que haya tenido conocimiento del fallecimiento o la invalidez del afiliado. Pretender que corra desde el momento mismo de la ocurrencia de la muerte, desconoce el factor subjetivo sobre el cual ha estructurado el legislador la prescripción ordinaria, tal como lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia en sentencia cuyos apartes transcribe, la cual sostiene que dicho término deberá contarse a partir del momento en que se tiene conciencia del derecho que da nacimiento a la acción o desde que se haya producido el conocimiento real o presunto del hecho que da base a la acción.

Por las anteriores razones, solicita declarar la improcedencia de la acción y ordenar como mecanismo transitorio a Seguros de Vida Colpatria, pagar la suma adicional necesaria para la financiación de la pensión de sobrevivientes, en tanto se define en sede judicial si es aplicable o no la prescripción de la acción en el caso concreto. Subsidiariamente solicita se declare la inconstitucionalidad del artículo 1081 del Código de Comercio, con el fin de que la aseguradora Colpatria, inaplique la citada norma y pague la suma adicional, también de manera transitoria.

3. Sentencia de tutela en primera instancia

El Juzgado Tercero Civil Municipal de Medellín, mediante sentencia del 20 de septiembre de 2006, concedió la tutela solicitada y ordenó a Colfondos S.A. iniciar en un término de 15 días, las acciones ordinarias frente a Colpatria, con el fin de que se diriman las controversias relacionadas con el contrato de seguros celebrado entre las dos entidades así como los derechos de seguridad social de la actora. Así mismo, como medida provisional, ordenó a Colfondos pagar a la actora en forma mensual, el equivalente al 30% de la pensión de sobrevivientes que le corresponde, desde el momento de la ejecutoria de la sentencia y hasta el auto admisorio de la demanda ordinaria que instaure la entidad accionada frente a Colpatria.

Argumenta el despacho judicial, que según los planteamientos expuestos por Colfondos en su escrito de respuesta a la acción de tutela, se concluye que la AFP está en mora de impetrar en contra de Colpatria, las acciones judiciales necesarias para el cobro de la suma adicional y para debatir ante la justicia ordinaria la mala fe que le endilga a la compañía aseguradora, máxime cuando de conformidad con lo dispuesto en el artículo 3º del Decreto 876 de 1994, la única legitimada para iniciar la reclamación por esa suma de dinero contra Colpatria es la ARF Colfondos y no la accionante.

Sostiene que la demandante ha visto sus derechos amenazados si se tiene en cuenta que es una persona de la tercera edad, respecto de quien se presume la vulneración de su mínimo vital como reiteradamente lo ha expresado la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Por tanto, con el fin de evitarle un perjuicio irremediable, Colfondos debe participar en el pago de la pensión reclamada en forma provisional mientras instaura las acciones judiciales pertinentes en contra de Colpatria con el fin de que se determine en dicha sede a quien corresponde pagar la pensión y se defina lo relacionado con las acciones de recobro o de reintegro que se concedan a Colfondos frente a la aseguradora.

4. Impugnación

La entidad accionada impugnó la decisión de primera instancia para solicitar su revocatoria y la vinculación de Colpatria, con el propósito de que se le ordene el pago de la suma adicional. Considera que las compañías aseguradoras hacen parte integral del Sistema de Seguridad Social en Salud y por tanto tienen las mismas responsabilidades de los fondos de pensiones, toda vez que con los recursos que la entidad financiera transfiera a la cuenta de ahorro individual del afiliado, se podrá reconocer y pagar la pensión.

Así mismo manifiesta que, no es posible excluir de toda responsabilidad a la compañía aseguradora, puesto que es por su causa que Colfondos tuvo que negar la pensión a la accionante. Afirma que el pago de la prima que hace el afiliado con su aporte a la compañía de seguros subroga en dicha compañía el riesgo que al ocurrir el siniestro de invalidez y sobrevivencia no cuente con el capital necesario para financiar la pensión para el afiliado o sus beneficiarios.

Sostiene que con su actuar negligente y mal intencionado la compañía aseguradora pone en peligro el pago de la pensión y vulnera los derechos de la accionante, en especial su

mínimo vital . Adicionalmente considera que si Colpatria no paga la suma adicional, se causa una afectación patrimonial a la empresa y además al afiliado que es el beneficiario del contrato de seguros, puesto que no tendrá el capital suficiente para disfrutar de la pensión. Colpatria es responsable del pago de la pensión, al no haber cumplido con su deber de asumir el riesgo acaecido por la muerte del afiliado y no tener en cuenta los aportes que el afiliado ha hecho a través de Colfondos para el pago de la prima del seguro previsional, argumentando que la acción para la reclamación prescribió.

Considera que las afirmaciones del despacho judicial en su sentencia vulneran el debido proceso de Colfondos, puesto que la demanda ordinaria efectivamente fue presentada ante la jurisdicción laboral en el Juzgado 9 Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., expediente No.1 122 de 2005, admitida el 20 de enero de 2006. T

Finalmente solicita se decrete la nulidad de lo actuado por indebida integración del contradictorio y por tanto se vincule a Colpatria con el fin de que el juez emita un pronunciamiento de fondo que proteja los derechos conculcados como corresponde.

5. Sentencia objeto de revisión

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín, en fallo del 31 de octubre de 2006, revocó la sentencia objeto de la impugnación tras considerar que la acción de tutela es improcedente para dirimir el reconocimiento del derecho pensional solicitado por la actora, toda vez que la decisión que se pretende requiere necesariamente la confrontación de disposiciones de rango legal para asumir un criterio jurídico y el análisis de pruebas que solamente podrá efectuarse ante el juez natural, como instancia ante la cual se garantizará el debido proceso y la adecuada defensa de los derechos de las partes involucradas en la petición que se reclama.

Argumentación adicional de Colfondos S.A.

Mediante escrito radicado en la Secretaría General de la Corte Constitucional el 29 de marzo de 2007^{24[iii]}, el apoderado de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos Pensiones y Cesantías S.A. COLFONDOS, solicita que previo estudio de la procedencia de la acción de tutela y de la vinculación de todas las personas posiblemente afectadas, se pronuncie sobre las entidades del Sistema de Seguridad Social obligadas a la protección del derecho mediante el pago de la pensión de sobrevivientes a la accionante, en razón a que considera que *“...atribuir la carga de la prestación a una sola de las entidades del Sistema de Seguridad Social desconoce recientes mandatos constitucionales, obligaciones legales de otras entidades y principios de justicia y equidad, así como, difiere la solución del conflicto a múltiples procesos judiciales que congestionan innecesariamente los despachos judiciales, y que se deben resolver constitucionalmente.*

Por lo anterior, solicita también un pronunciamiento *“...sobre la legitimidad pasiva en el presente caso concreto y se prevenga a la compañía aseguradora SEGUROS DE VIDA*

^{24[iii]} El escrito fue remitido al despacho del Magistrado ponente, para que obre dentro del proceso de la referencia, mediante auto de fecha 30 de marzo de 2007, suscrito por la Oficial Mayor de la Secretaría General de la Corte Constitucional . (fl. 10 al 42 del cuaderno No.2).

COLPATRIA S.A. para que en los futuros casos similares pague las sumas adicionales conforme a los (sic) dispuesto en la Ley 100 de 1993" .

Previo hacer un recuento de los antecedentes del caso concreto, afirma con base en las mismas razones esgrimidas en el escrito de contestación de la acción de tutela y en el de impugnación de la sentencia de primera instancia, que se debe vincular a la compañía aseguradora Colpatria al procedimiento de tutela, como entidad que hace parte del Sistema de Seguridad Social que pudiera verse afectadas en sus relaciones jurídicas, so pena de una nulidad absoluta insaneable, en consideración a los autos A-189 de 2005 y A-028 de 1998, expedidos por la Corte Constitucional, cuyos apartes cita como precedentes en los que se ha declarado la nulidad de todo lo actuado por ausencia de notificación a terceros interesados.

Dentro de la segunda parte del escrito relativo a los precedentes judiciales, el representante judicial de la ARP hace un paralelo entre la sentencia T-971 de 2005 de la Corte Constitucional y el presente asunto, cuyas diferencias señala en un cuadro comparativo en el que destaca la necesidad de que esta Corporación se pronuncie sobre cual debe ser la norma aplicable al seguro que financia la pensión de sobrevivientes: si la comercial referida al contrato de seguros o si por el contrario el "componente de seguro" debe regirse por las normas propias de la seguridad social. Adicionalmente, considera que la Corte debe pronunciarse de fondo sobre el tema de la prescripción en el elemento del seguro previsional que financia la pensión de sobreviviente, sobre la legitimidad por pasiva, la norma aplicable al caso y sobre la sostenibilidad financiera del sistema.

En la tercera parte, señala que de acuerdo con los artículos 60 y 77 de la Ley 100 de 1993, no sólo corresponde a los fondos de pensiones el pago de la pensión de sobreviviente, sino también a las compañías aseguradoras como entidades obligadas a sufragar la suma adicional para financiar la pensión y al Estado colombiano, que deberá asumir la carga del pago de las pensiones, mientras se adelanta un proceso judicial contra la aseguradora incumplida. Indica que este aspecto debe ser tenido en cuenta por la Corte al proferir la orden correspondiente, en el evento de prosperar la acción de tutela.

Considera que es obligación de la compañía aseguradora cancelar al fondo de pensiones, la suma adicional para financiar la pensión de sobrevivientes, en tanto que el derecho a reclamar la pensión es imprescriptible. Adicionalmente afirma que Colpatria no puede validamente sustraerse de la obligación del pago de tales dineros, sin vulnerar el objeto y el objetivo del Sistema de Seguridad Social al cual pertenece y las obligaciones que el mismo le impone, así como la destinación de los recursos. La negativa de la Aseguradora de pagar la suma adicional comporta romper la armonía que debe existir entre las entidades del Sistema y amenaza la estabilidad financiera. Los afiliados tiene el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobreviviente, toda vez que una parte de sus aportes se destina al pago de la prima de seguros para atender esa pensión. Por tanto, como derecho irrenunciable e imprescriptible que hace parte del derecho constitucional consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, la negativa de Colpatria al reconocimiento de sus obligaciones, constituye un desconocimiento erróneo al derecho constitucional, alegando una prescripción que resulta inaplicable en este caso.

Tales argumentos llevan a afirmar que el artículo 48 superior, la ley 100 de 1993 y las demás normas que la modifican, establecen un sistema integral que regula todas las

obligaciones y derechos de las entidades públicas y privadas que lo conforman, lo que justifica sobradamente la inaplicación de la disposición del Código de Comercio sobre la prescripción consagrada en el artículo 1081 o la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad por incompatibilidad de la norma legal con los preceptos constitucionales que establecen la imprescriptibilidad e irrenunciabilidad del derecho a la seguridad social.

De otra parte, afirma que en caso de prosperar la interpretación de Colpatria sobre la aplicación de la prescripción y por ende, Colfondos fuera condenado al pago de la pensión, lo tendría que hacer en contra de su patrimonio el cual no alcanzaría para amparar los riesgos de invalidez y muerte de los afiliados, con lo cual se afecta la estabilidad financiera de la compañía y la del sistema pensional mismo, dado que no han recibido suma alguna que les permita soportar el riesgo. Por el contrario, las compañías aseguradoras cuenta con una regulación que resulta apropiada para la protección de la adecuada utilización de las primas destinadas al cubrimiento de los riesgos amparados. Por tanto, si las aseguradoras no pagan las sumas adicionales se enriquecen injustamente porque recibirían primas por unos riesgos que no están asumiendo, es decir, se están lucrando de los aportes parafiscales hechos por los afiliados del sistema, en perjuicio de la sostenibilidad financiera de las administradoras de fondos de pensiones.

En consecuencia, presentándose una colisión de derechos constitucionales representados en el derecho de los beneficiarios de la pensión y en la sostenibilidad financiera del sistema pensional colombiano consagrado en el artículo 48 de la constitución política, modificado por el acto legislativo 01 de 2005, la Corte Constitucional deberá proteger ambos derechos constitucionales involucrados en la valoración del caso. Así entonces, puede proteger el derecho de la tutelante al pago de la pensión, pero a la vez disponer el pago de la suma adicional por parte de Colpatria como lo dispone la ley, toda vez que esa compañía recibió una prima de seguro para el cubrimiento del riesgo del afiliado, con lo cual se garantiza la estabilidad financiera del régimen de ahorro individual del sistema pensional colombiano. Una orden en sentido contrario, es decir, ordenar a Colfondos S.A., a pagar la pensión de sobrevivientes con sus propios recursos y posteriormente demandar a la aseguradora por la suma adicional, pone en peligro el sistema mismo y la posibilidad de asegurar los derechos de los afiliados, además de que contribuye a la congestión de los despachos judiciales.

Hace énfasis en que Colfondos ha actuado con total diligencia y ha cumplido con las obligaciones que le corresponden, al haber pagado la prima del seguro previsional y comunicar oportunamente a Colpatria la ocurrencia del siniestro. Entonces, en su criterio, no resulta equitativo que se imponga a Colfondos la obligación de pagar una prestación, sin tener los recursos para ello, los cuales no fueron suministrados por la entidad obligada y sin que exista culpa para ello, pues con ello, se beneficia injustamente a la compañía aseguradora.

Por último, afirma que una vez finalizada la vigencia de la póliza, Colpatria inexplicablemente cambió radicalmente su posición y decidió negar el pago de las sumas adicionales, con lo cual estima, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, que modificar intempestivamente un comportamiento contractual que tuvo por 4 años, es contrario a la buena fe.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 241 numeral 9 de la Constitución Política.

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala de revisión determinar si: ¿Vulneró la administradora de fondos de pensiones accionada los derechos fundamentales de la actora al negar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentado para ello las diferencias legales entre la administradora de fondos de pensiones y la compañía aseguradora con la que ha suscrito la póliza para el cubrimiento de la suma adicional necesaria para el reconocimiento y pago de la mencionada prestación?

Con el fin de resolver este problema la Corte se referirá a los siguientes temas: (i) La procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; (ii) El derecho a la pensión de sobrevivientes; y (iii) la suma adicional proveniente del seguro como fuente de financiación de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad.

3. La procedencia excepcional de la acción de tutela para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes.

De conformidad con la jurisprudencia reiterada de esta Corporación, la acción de tutela, dado su carácter subsidiario, sólo procede excepcionalmente para ordenar el reconocimiento de prestaciones sociales o el pago de acreencias laborales, cuando en el caso concreto no existan otros medios de defensa judicial idóneos o cuando sea necesario impedir un perjuicio irremediable, como cuando el no pago de la pensión implique la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, se encuentren comprometidas personas de la tercera edad o se afecte el mínimo vital del accionante o el de su familia.^{25[iii]}

Para la Corte, dado el carácter excepcional de este mecanismo constitucional de protección de los derechos, la acción de tutela no puede desplazar ni sustituir los mecanismos ordinarios establecidos en nuestro ordenamiento jurídico.^{26[iv]}

^{25[iii]} Ver Sentencia [SU-995 de 1999](#), MP. Carlos Gaviria Díaz. Ver también la sentencia [T-1338 de 2001](#). MP. Jaime Córdoba Triviño.

^{26[iv]} Corte Constitucional, Sentencia [T-106 de 1993](#), MP. Antonio Barrera Carbonell. Al precisar el alcance del inciso 3º del artículo 86 de la Constitución, esta Corporación ha dicho que “el sentido de la norma es el de subrayar el carácter supletorio del mecanismo, es decir, que la acción de tutela como mecanismo de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales debe ser entendida como un instrumento integrado al ordenamiento jurídico, de manera que su efectiva aplicación sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley, a través de una valoración que siempre se hace en concreto, tomando en consideración las circunstancias del caso y la situación de la persona, eventualmente afectada con la acción u omisión. No puede existir concurrencia de medios judiciales, pues siempre prevalece la acción ordinaria; de ahí que se afirme que la tutela no es un medio adicional o complementario, pues su carácter y esencia es ser único medio de protección que, al afectado en sus derechos

Para determinar si la acción de tutela es procedente, esta Corporación ha señalado dos aspectos distintos. Cuando la tutela se presenta como mecanismo principal, al definir su procedibilidad es preciso examinar si no existe otro medio judicial. Si no existe otro medio, o aún si existe pero éste no resulta idóneo en el caso concreto, la tutela procede como mecanismo principal de amparo de los derechos fundamentales. En relación con la existencia del otro medio de defensa judicial, adicionalmente ha señalado la jurisprudencia de la Corte que no existe la obligación de iniciar el proceso ordinario antes de acudir a la acción de tutela, basta que dicha posibilidad esté abierta al interponer la demanda. Sin embargo, si el demandante ha dejado vencer la oportunidad para iniciar el trámite del proceso ordinario, por prescripción o caducidad de la acción, la tutela no procede como mecanismo transitorio.^{27[M]}

Cuando la tutela se interpone como mecanismo transitorio, habida cuenta de la existencia de un medio judicial ordinario idóneo, es preciso demostrar que ésta es necesaria para evitar un perjuicio irremediable. Dicho perjuicio se caracteriza, según la jurisprudencia, por lo siguiente: i) por ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; ii) por ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; iii) porque las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable sean urgentes; y iv) porque la acción de tutela sea impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad.^{28[M]}

Adicionalmente, si se alega como perjuicio irremediable la afectación del mínimo vital, la Corte ha señalado que si bien en casos excepcionales es posible presumir su afectación, en general quien alega una vulneración de este derecho como consecuencia de la falta de pago de alguna acreencia laboral, debe acompañar su afirmación de alguna prueba, al menos sumaria. Esta Corporación ha reconocido que la informalidad de la acción de tutela no exonera al actor de probar, aunque sea de manera sumaria, los hechos en los que basa sus pretensiones.^{29[vii]}

En este caso, verificados los requisitos para la procedencia de la acción de tutela, la Sala observa que la situación de la demandante la hace titular de la especial protección del Estado, puesto que se trata de un sujeto que pertenece a la tercera edad, cuya dependencia económica se encontraba en cabeza de su hijo fallecido, que ha cumplido, según la propia AFP con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de

fundamentales, brinda el ordenamiento jurídico." Ver también, la sentencia [T-480 de 1993](#), MP: José Gregorio Hernández Galindo.

^{27[M]} Ver, entre otras, las sentencias [T-871 de 1999](#), [T-812 de 2000](#).

^{28[M]} Esta doctrina ha sido reiterada en las sentencias de la Corte Constitucional, [T-225 de 1993](#), MP: Vladimiro Naranjo Mesa, SU.544 de 2001, MP: Eduardo Montealegre Lynett, [T-983-01](#), MP: Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

^{29[vii]} Corte Constitucional, Sentencia [SU-995 de 1999](#), MP: Carlos Gaviria Díaz, dijo que "(...) en esta clase de procesos

preferentes y sumarios, el régimen probatorio está orientado por las facultades excepcionales que confiere el [Decreto 2591 de 1991](#) al juez de amparo, especialmente en los artículos 18, 20, 21 y 22. Además, en la aplicación de las reglas de la sana crítica, debe partir el fallador del principio de la buena fe, constitucionalizado en el artículo 83 de la Carta de 1991." En el mismo sentido, ver la sentencia [T-1088 de 2000](#), MP: Alejandro Martínez Caballero.

sobrevivientes y por tanto la falta de pago de la prestación solicitada afecta su mínimo vital, máxime cuando afirma en su demanda no contar con ingreso alguno ni con bienes ni tener la posibilidad de acceder a otras fuentes de ingresos^{30[viii]}. En estos términos, encuentra la Sala que el perjuicio irremediable denunciado por la actora se encuentra probado, pues el mismo es verificable, es inminente, es urgente y exige medidas inmediatas que prevengan la prolongación del daño que podría originarse en la extinción de su pensión de invalidez.

4. El derecho a la pensión de sobrevivientes

La pensión de sobrevivientes, antes conocida como sustitución pensional, es la prestación que tiene por objeto proteger a los allegados dependientes económicamente del pensionado o de quien tiene derecho a la pensión cuando sobrevenga la muerte de éste. Consiste en la transmisión a su favor, por ministerio de la ley, del derecho a percibir la pensión.

En sentencia T-1283 de 2001,^{31[ix]} esta Corporación estableció que “*los conflictos surgidos con ocasión del derecho a la pensión de sobrevivientes “tienen relevancia constitucional en la medida en que su resolución pueda afectar derechos fundamentales como la igualdad y la familia entre otros.*”^{32[x]}

La finalidad y razón de ser de la pensión de sobrevivientes es la de ser un mecanismo de protección de los allegados dependientes del pensionado ante el posible desamparo en que pueden quedar por razón de su muerte. En la sentencia T-190 de 1993^{33[xi]}, la Corte definió el contenido y alcance de ese derecho prestacional de la siguiente manera:

“La sustitución pensional tiene como finalidad evitar que las personas allegadas al trabajador y beneficiarias del producto de su actividad laboral queden por el simple hecho de su fallecimiento en el desamparo o la desprotección. Principios de justicia retributiva y de equidad justifican que las personas que constituían la familia del trabajador tengan derecho a la prestación pensional del fallecido para mitigar el riesgo de viudez y orfandad al permitirles gozar post-mortem del status laboral del trabajador fallecido.”

En sentencia C-002 de 1999, M.P. Antonio Barrera Carbonell, este Tribunal sostuvo:

³⁰[viii] Estas afirmaciones de la accionante (fl.2 del expediente), no fueron controvertidas por la entidad demandada.

³¹[ix] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³²[x] Corte Constitucional, Sentencia T-660/98, MP: Alejandro Martínez Caballero. Ver también las sentencias T-1103/00, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-695/00, MP: Álvaro Tafur Galvis; T-323/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-283/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-263/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-122/00, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-566 /98, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-1006/99, MP: José Gregorio Hernández Galindo; T-842/99, MP: Fabio Morón Díaz; T-660/98, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-528/98, MP: Antonio Barrera Carbonell; T-556/97, MP: Hernando Herrera Vergara; T-378/97, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz; T-328/97, MP: Hernando Herrera Vergara; T-355/95, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-292/95, MP: Fabio Morón Díaz; T-173/94, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-521/92, MP: Alejandro Martínez Caballero; T-426/92, MP: Eduardo Cifuentes Muñoz.

³³[xi] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

“La finalidad que se persigue con la sustitución pensional es, en síntesis, la de suplir la ausencia repentina del apoyo económico que el pensionado ofrecía a sus familiares, y que el deceso de éste no determine el cambio sustancial de las condiciones de vida del beneficiario o beneficiarios, pues es un hecho cierto que en la mayoría de los casos la sustitución tiene el alcance de una ayuda vital para dichos beneficiarios, es decir, indispensable para su subsistencia”.

La Ley 100 de 1993 reguló esta prestación tanto en el régimen de prima media con prestación definida, como en el de ahorro individual con solidaridad. En ambos sistemas, los beneficiarios son el cónyuge, la compañera o compañero permanente supérstite, en forma vitalicia; y los hijos en determinadas condiciones que se resumen a continuación. A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este.

De conformidad con lo establecido en el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003^{34[xii]}, las personas legítimas para tener derecho a la pensión de sobrevivientes son:

- “1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,*
- 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizando cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones”. (...)*

El numeral 1° del citado artículo regula la situación que se presenta ante la muerte del pensionado por vejez o invalidez, hipótesis en la cual tiene lugar la subrogación de los miembros del grupo familiar en el pago de la prestación que venía recibiendo su titular, y no la generación de una prestación nueva o diferente. Es lo que *strictu sensu* se ha denominado sustitución pensional. Por su parte, el numeral 2° de la citada disposición, regula lo que ocurre ante la muerte del afiliado, en cuyo caso la pensión de sobrevivientes que se paga a sus allegados dependientes, es una nueva prestación de la que no gozaba el causante, que se genera-previo el cumplimiento de los requisitos señalados en la ley-en razón de su muerte. Consiste en el cubrimiento de un riesgo con el pago de una prima

^{34[xii]} El artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003, dispone: “Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes: 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y, // 2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: // a) Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento; b) Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento”. Esta norma fue declarada *exequible* mediante sentencia C-1255 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, y en sentencia C-1094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño, en el entendido que: “el caso del literal a) del numeral 2 será exigible la cotización del veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que el afiliado al sistema que fallezca cumplió 20 años de edad y la fecha de su muerte.

que lo asegure y no del cambio de titular de una prestación ya causada como en el evento anterior.^{35[xiii]}

Para tener derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, además de cumplirse con los requisitos generales previstos en la ley, debe acreditarse por parte de los miembros del grupo familiar del causante, la condición de beneficiarios legales a partir del orden de prelación señalado en las disposiciones vigentes. Dicho orden se encuentra establecido en los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, que recogen lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en los siguientes términos:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte;^{36[xiv]}

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le

^{35[xiii]} Ver Sentencia [C-617 de 2001](#), M.P. Álvaro Tafur Galvis.

^{36[xiv]} Los apartes subrayados fueron declarados exequibles por la Corte en sentencia [C-1094 de 2003](#), M.P. Jaime Córdoba Triviño.

corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;
^{37[xv]}

Los hijos menores de 18 años; los hijos mayores de 18 años y hasta los 25 años^{38[xvi]}, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes y, los hijos inválidos si dependían económicamente del causante, esto es, que no tienen ingresos adicionales, mientras subsistan las condiciones de invalidez. Para determinar cuando hay invalidez se aplicará el criterio previsto por el artículo 38 de la Ley 100 de 1993;

d) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente e hijos con derecho, serán beneficiarios los padres del causante si dependían económicamente de forma total y absoluta de este;

e) A falta de cónyuge, compañero o compañera permanente, padres e hijos con derecho, serán beneficiarios los hermanos inválidos del causante si dependían económicamente de éste”.^{39[xvii]}

De lo expuesto se concluye que la finalidad de la pensión de sobrevivientes, es suplir la ausencia repentina del apoyo económico del pensionado o del afiliado a los allegados dependientes y, por ende, evitar que su deceso se traduzca en un cambio sustancial de las condiciones mínimas de subsistencia de las personas beneficiarias de dicha prestación. Una decisión administrativa, que desconozca esa realidad, e implique por consiguiente la reducción de las personas a un estado de miseria, abandono, indigencia o desprotección, es contraria al ordenamiento jurídico por desconocer la protección especial que la Constitución le otorgó al mínimo vital y a la dignidad humana como derechos inalienables de la persona, y a los principios constitucionales de solidaridad y protección de quienes se encuentran en situación de debilidad manifiesta, como soportes esenciales del Estado Social de Derecho.^{40[xviii]}

5. La suma adicional proveniente de un seguro como fuente de financiación de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad

El régimen de financiación en la pensión de sobrevivientes, se fundamenta de una parte, en el aseguramiento del riesgo del fallecimiento del afiliado con el pago de una prima^{41[xix]} y de otra, en el cumplimiento de un tiempo mínimo de cotización equivalente a cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento.

En las sentencias C-617 de 2001, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterada recientemente en la sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte Constitucional concluyó que

^{37[xv]} El presente literal fue declarado exequibles en sentencia C-1094 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

^{38[xvi]} La citada disposición fue declarada exequible mediante sentencia C-453 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

^{39[xvii]} Mediante sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, se declaró exequibles los literales d) de los artículos 47 y 74 de la Ley 100 de 1993, modificados por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, salvo la expresión “de forma total y absoluta”, que fue declarada inexecutable.

^{40[xviii]} Ver Sentencia C-111 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil, ya citada.

^{41[xix]} Numeral 2° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

para el caso de la pensión de sobrevivientes concurre un “*elemento de seguro*” que garantiza la subsistencia de quienes dependían del salario del trabajador fallecido:

“En este sentido debe tenerse en cuenta que las pensiones de invalidez y de sobrevivientes se consagran dentro de un sistema de aseguramiento, por lo que quien está cotizando, paga el costo de esa protección, con lo que se asegura además su fidelidad al sistema-otro de los objetivos de la norma-que permite la aplicación de los principios de solidaridad y universalidad señalados en la Constitución para el sistema de seguridad social, al generar un fondo común que financia estas pensiones de invalidez y sobrevivencia tanto en el caso del régimen de prima media-a través de una cuenta separada para este efecto-como en el caso del régimen de ahorro individual-a través de una compañía de seguros-(artículo 20 de la Ley 100 de 1993).

“Cabe recalcar al respecto, que en la pensión de sobrevivientes hay entonces “un elemento de seguro”^{42[xx]}, por lo que quien paga la prima anual está cubierto, mientras que quien no la ha cancelado, no puede gozar de cobertura. Empero el legislador en todo caso otorgó a quien haya estado afiliado pero no cotiza actualmente, un período de cobertura adicional, pues exige solamente 26 semanas de cotización en el año inmediatamente anterior al fallecimiento.”

Así, el régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes permite concluir que el pago de la cotización al sistema general de seguridad social en pensiones no tiene como único objetivo acumular las sumas que financien una futura pensión de vejez, sino también permitir el aseguramiento del riesgo de subsistencia del núcleo familiar dependiente del trabajador cotizante. En consonancia con lo anterior, el artículo 70 de la Ley 100 de 1993 estipula como una de las fuentes de financiación de la pensión de sobrevivientes en el régimen de ahorro individual con solidaridad el pago de “*la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión.*” Además, establece que este valor estará a cargo de la aseguradora que para el efecto contrate la administradora de pensiones correspondiente.

En consecuencia, la cotización al sistema de seguridad social contiene “un elemento de seguro” en cuanto a la financiación de la pensión de sobrevivientes, en donde las administradoras de pensiones, en aras de cumplir adecuadamente con su obligación de reconocer y pagar la prestación, tienen la obligación legal de suscribir pólizas destinadas al cubrimiento de las sumas adicionales ante la contingencia de la muerte del trabajador cotizante y descontar de los aportes el porcentaje destinado al pago de la prima de aseguramiento respectiva, a fin de garantizar la concurrencia de la aseguradora en la financiación de la prestación a favor de los beneficiarios previstos por el legislador.

En casos como el que ocupa la atención de la Sala de Revisión, el conflicto surgido entre la entidad administradora de pensiones a la cual el afiliado efectuó en vida sus

^{42[xx]} Intervención del Ministerio de Hacienda y Crédito Público Folio 24.

cotizaciones y la compañía aseguradora con la cual se suscribió la póliza para el aseguramiento del pago de la suma adicional como fuente de financiación de la pensión de sobrevivientes, no puede en manera alguna afectar la eficacia de los derechos prestacionales de los afiliados ni de los beneficiarios.

Frente a la inoponibilidad de los conflictos entre las entidades del sistema de seguridad social respecto a la eficacia de los derechos prestacionales de los afiliados, en la Sentencia T-971 de 2005, M.P. Jaime Córdoba Triviño, en la que se debatió un asunto de similares características, la Corte afirmó:

“La relación entre la eficacia del derecho fundamental al mínimo vital de los afiliados y beneficiarios a la seguridad social y el adecuado suministro de las prestaciones propias de ese sistema, ha permitido a la jurisprudencia constitucional concluir que las omisiones, las acciones negligentes y, en general, las deficiencias de índole administrativa de las entidades del sistema de seguridad social carecen de un alcance tal que impidan el reconocimiento de las prestaciones mencionadas.”

Los conflictos generados entre las entidades del sistema de seguridad social o entre éstas y los empleadores responsables de retener y trasladar los aportes, no pueden enervar la posibilidad de acceder a las mencionadas prestaciones porque ello implicaría trasladarle a los beneficiarios una carga excesiva que no están obligados a soportar.

Sobre el particular la Corte concluyó en la sentencia C-177 de 1998^{43[xxi]}, en la que se analizó la constitucionalidad de algunas normas de la Ley 100 de 1993 relativas a las condiciones para acceder a la pensión de jubilación que existía un contenido constitucionalmente protegido del derecho a la pensión que hace que el trabajador solicitante de la prestación no pueda resultar afectado por los conflictos surgidos entre los empleadores y las administradoras de pensiones respecto al pago de las cotizaciones al sistema:

“Existe entonces un contenido constitucionalmente protegido al derecho a la pensión, que puede ser caracterizado así: en la medida en que un asalariado ha realizado las cotizaciones determinadas por la ley, o ha laborado los tiempos legalmente previstos en aquellos casos en que el patrono asume la integralidad de la cotización, entonces se entiende que el trabajador tiene derecho al reconocimiento y pago oportuno de la pensión legalmente establecida, la cual goza de protección y garantía efectiva por parte del Estado, todo lo cual, a su vez, deriva de una obligación legal y constitucional de afiliarse a la seguridad social, derecho que es irrenunciable (C.P. art. 48).”

^{43[xxi]} M.P. Alejandro Martínez Caballero.

En el presente caso, se tiene que la AFP demandada no reconoce la pensión de sobrevivientes reclamada por la señora María Inés Serna de Echeverri, debido a que no obstante que la accionante ha cumplido con los requisitos legales para ello, según lo ha establecido y admitido la propia AFP^{44[xxii]}, la aseguradora Colpatria, con quien Colfondos S.A. suscribió el contrato de seguro destinado al cubrimiento de la suma adicional prevista en el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, se niega a transferir su valor, argumentando para ello haber operado la prescripción de la acción para hacer efectivo el seguro prevista en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Verificados los documentos que reposan en el expediente la Sala encuentra lo siguiente:

La señora María Inés Serna^{45[xxiii]} solicitó el día 11 de marzo de 2004 ante la AFP el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en calidad de progenitora dependiente económicamente de su hijo el señor Hugo Nelson Echeverri Serna, fallecido el 29 de octubre de 2003, al servicio de la Empresa de Vigilancia VISE^{46[xxiv]} y afiliado a Colfondos S.A. a partir del 3 de enero de 1995.^{47[xxv]}

Mediante comunicaciones del 14 de mayo y 17 de noviembre de 2004, Colfondos S.A., solicitó a la peticionaria complementar la documentación con algunos documentos faltantes entre ellos una certificación en la que consten los tiempos laborados por el afiliado con el Ejército Nacional, en el periodo comprendido entre enero de 1988 y enero de 1995, *...indicando la entidad de seguridad social a la que se encontraba efectuando aportes por concepto de pensión, remitiendo estado de cuenta discriminado donde se evidencie: salario devengado, periodo cotizado, fecha de pago y días cotizado*.^{48[xxvi]}

En el escrito de respuesta de la acción de tutela al juzgado de primera instancia, afirma el representante de la AFP accionada que: *“Una vez se completa la documentación, el caso es remitido a la aseguradora COLPATRIA, el 15 de diciembre de 2004 para solicitud del pago de la suma adicional, la cual servirá para financiar la pensión de sobrevivencia*.^{49[xxvii]}

Posterior a esta fecha, mediante comunicación de fecha 19 de abril de 2005^{50[xxviii]}, Colpatria informó a Colfondos que constató lo siguiente: *“Vacío laboral de septiembre 16 de 1988 al 18 de octubre de 1989.// Discriminación de salarios correspondientes al periodo del 19 de octubre de 1989 al 27 de octubre de 1994 // Saldo de cuenta individual.”*.

^{44[xxii]} El representante legal de Colfondos S.A. en el escrito de contestación de la acción de tutela, afirma que la documentación se encuentra completa para hacer exigible la suma adicional asegurada ante Colpatria.

^{45[xxiii]} A folio 132 reposa fotocopia de la cédula de ciudadanía de la señora María Inés Serna de Echeverri, nacida el 19 de enero de 1948.

^{46[xxiv]} Según certificaciones laborales expedidas en febrero 25 (fl. 78) y mayo 27 (Fl.62) de 2005, por la Jefe de Gestión Administrativa de la Empresa de Vigilancia, el señor Hugo Nelson Echeverri Serna, laboró desde el 1° de enero de 1995 hasta el 29 de octubre de 2003, desempeñando el cargo de guarda de seguridad, devengando un salario básico de \$332.000.00 y un salario promedio de \$600.000.00.

^{47[xxv]} Ver folio 23 del expediente.

^{48[xxvi]} Ver folio 73 del expediente.

^{49[xxvii]} A folio 158 del expediente reposa fotocopia del oficio DCI-P-E-7617-04 del 15 de diciembre de 2004, mediante el cual Colfondos S.A. adjuntó a Colpatria los documentos necesarios para iniciar el trámite de reconocimiento de la pensión.

^{50[xxviii]} Folio 119 del expediente.

Por lo anterior, mediante comunicación de fecha agosto 26 de 2005, Colfondos S.A.^{51[xxix]}, reitera una comunicación anterior enviada el 2 de mayo a la accionante en la que le solicitó allegar certificación de supervivencia actualizado y nuevamente la certificación sobre el periodo laboral comprendido entre el 16 de septiembre de 1988 y el 27 de octubre de 1994.

La accionante mediante comunicaciones de fecha 3 de junio^{52[xxx]}, 14 de julio^{53[xxxi]} y diciembre 6^{54[xxxii]} de 2004, solicitó al Ejercito Nacional la certificación requerida por la AFP. Adicionalmente la señora María Inés Serna obtuvo mediante fallo del 1° de noviembre de 2005, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, la tutela al derecho de petición en contra el Ministerio de Defensa Nacional, razón por la cual le fue expedida la certificación solicitada, que fue allegada por la accionante a Colfondos S.A. mediante oficio radicado el 25 de noviembre de 2005^{55[xxxiii]}.

A folio 34 del expediente, se encuentra comunicación suscrita por la reclamante, de fecha 3 de febrero de 2006, en la que le informa a Colfondos que su hijo Hugo Nelson no cotizó en pensiones durante el periodo comprendido entre el 16 de septiembre de 1988 a septiembre de 1989.

A folio 39 del expediente, se encuentra fotocopia de la comunicación de fecha 17 de enero de 2006, dirigida por Colfondos a la accionante, mediante la cual le informa que rechaza la pensión de sobrevivencia solicitada teniendo en cuenta que mediante comunicación de fecha 23 de diciembre de 2005, Seguros de Vida Colpatria niega el reconocimiento de la suma adicional como consecuencia de la prescripción de la acción para reclamarla, derivada de la falta de formalización de la reclamación. En el mismo escrito Colfondos manifiesta no estar de acuerdo con tal posición, razón por la cual anuncia que ha elevado queja formal ante la Superintendencia Bancaria (hoy Financiera) y adicionalmente que adelantará las acciones judiciales que sean pertinentes.

La Sala destaca que la controversia contractual y las diferencias surgidas entre la AFP demandada y la aseguradora Colpatria en lo relacionado con el pago de la suma adicional asegurada, es un asunto que compete de forma exclusiva a Colfondos S.A., que es la única entidad legitimada para ejercer las acciones derivadas del contrato de seguro. De esta manera, no resulta admisible que la prestación requerida por la actora se vea supeditada a la solución de conflictos jurídicos ante los cuales carece de legitimación activa para acudir ante la jurisdicción, puesto que como se indicó en forma precedente, es a la administradora de fondos de pensiones a quien le corresponde, de conformidad con las disposiciones legales aplicables, adelantar las gestiones necesarias para el reconocimiento y pago de las prestaciones a su cargo, entre ellas el aseguramiento de sus fuentes de financiación.

Por las anteriores razones, la Corte no impartirá ninguna orden en relación con la compañía aseguradora Colpatria, que por lo demás no fue vinculada a la presente acción.

^{51[xxix]} Folio 20 del expediente.

^{52[xxx]} Folio 76 del expediente.

^{53[xxxi]} Folio 36 del expediente.

^{54[xxxii]} Folio 37 del expediente.

^{55[xxxiii]} Ver folio 53 del expediente.

De la misma forma, la Sala considera importante precisar que, si bien la controversia surgida de la falta de certificación laboral por el periodo comprendido entre los años 1988 y 1994 también le compete dirimirla a las entidades involucradas y no a la accionante, resulta sorprendente tal exigencia, si se tiene en cuenta que el artículo 46 de la ley 100 de 1993, determina que para tener el derecho a la pensión, se requiere que el afiliado haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores al fallecimiento- 29 de octubre de 2003-, requisito que estaría suficientemente satisfecho para proceder así con el reconocimiento de la pensión solicitada.

Así entonces, la Corte estima que la negativa de Colfondos al reconocimiento de la pensión solicitada con base en la controversia contractual alegada, no obstante haber cumplido con los requisitos que la ley le impone para el goce efectivo de su derecho, constituye una afectación a los derechos fundamentales de la actora, en tanto que pone en grave riesgo su derecho al mínimo vital. Por tanto, la Sala revocará las decisiones de instancia y, en su lugar, concederá la tutela como mecanismo definitivo de los derechos invocados dada las especiales circunstancias que rodean a la accionante y el hecho de que no cuenta con instrumentos judiciales ordinarios que resulten eficaces para lograr la adecuada protección de los derechos constitucionales.^{56[xxxiv]}

En consecuencia, ordenará a Colfondos S.A. que si verifica que cumple todos los requisitos reconozca y proceda a pagar la pensión de sobrevivientes a favor de María Inés Serna de Echeverri, en su condición de responsable de la prestación económica. La AFP Colfondos S.A., deberá ejercer o continuar adelantando^{57[xxxv]} por su cuenta, las acciones legales tendientes al pago del siniestro, sin que pueda diferir el reconocimiento y pago de la pensión a las resultas de ese litigio, pues ello constituiría una carga irrazonable y desproporcionada para el beneficiario de la prestación.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR las sentencias proferidas por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Medellín el 20 de septiembre de 2006 y por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Medellín el 31 de octubre de 2006, dentro de la acción de tutela instaurada por María Inés Serna de Echeverri en contra de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., Colfondos para la protección de sus derechos

^{56[xxxiv]} Así se hizo en la sentencia [T-401de](#) 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil y en la sentencia [T-971 de 2005](#), M.P. Jaime Córdoba Treviño, entre otras.

^{57[xxxv]} A folio 267 del expediente reposa comunicación allegada por el Representante Legal de Colfondos S.A, radicado el 13 de octubre de 2006, ante el Juzgado de primera instancia, después de haber proferido el fallo. En dicha comunicación, expedida en cumplimiento del fallo proferido por el Juez Tercero Civil Municipal de Medellín, el representante informa que con auto de fecha 20 de enero de 2006, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., admitió demanda ordinaria laboral promovida en contra de Seguros de Vida Colpatria S.A. y además que Colfondos radicó queja formal contra la compañía aseguradora ante la Superintendencia Financiera, antes bancaria.

fundamentales. En su lugar, **CONCEDER** la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas en los términos de esta sentencia.

Segundo: En consecuencia, **ORDENAR**, al representante legal de la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.- Colfondos, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, una vez verificado el cumplimiento de todos los requisitos, proceda a reconocer y pagar a favor de María Inés Serna de Echeverri la pensión de sobrevivientes derivada del fallecimiento del afiliado Hugo Nelson Echeverri Serna.

Colfondos S.A., deberá ejercer o continuar adelantando por su cuenta, las acciones legales tendientes al pago del siniestro, sin que pueda diferir el reconocimiento y pago de la pensión a las resultas del litigio que ha surgido.

Tercero.-Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA
Magistrado Ponente

JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO
Magistrado

RODRIGO ESCOBAR GIL
Magistrado
AUSENTE EN COMISION

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ
Secretaria General

3. CORTE CONSTITUCIONAL, SALA OCTAVA DE REVISIÓN. Sentencia T-168 (18, marzo, 2009). M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

Sentencia T-168/09

Referencia: expediente T-2021850

Acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra ING Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales

Magistrado Ponente:
Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá D.C., dieciocho (18) de marzo de dos mil nueve (2009)

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Juan Carlos Henao Pérez, Jorge Iván Palacio Palacio y Humberto Antonio Sierra Porto, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política y en los artículos 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo de tutela proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes- en la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda Quintero contra ING Pensiones y Cesantías y el Instituto de Seguros Sociales.

I. ANTECEDENTES

El pasado veintiuno (21) de abril de dos mil ocho (2008), el ciudadano Javier de Jesús Taborda Quintero interpuso acción de tutela solicitando el amparo de sus derechos fundamentales a la seguridad social, el cual, en su opinión, ha sido vulnerado por ING Pensiones y Cesantías.

De acuerdo con la solicitud de tutela y las pruebas obrantes en el expediente, el accionante sustenta su pretensión en los siguientes

Hechos

1.- Javier de Jesús Taborda Quintero, de 54 años, beneficiario del régimen de transición⁵⁸, trabajó en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda, en diferentes cargos, desde el 16 de mayo de 1975 hasta el 30 de junio de 1990 y desde el 18 de marzo de 1992 hasta el 31 de mayo de 1995, tiempo durante el cual hizo aportes para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social.

Específicamente, según la certificación expedida por la Secretaría de Salud de la Gobernación de Risaralda su historia laboral fue la siguiente:

“Del 16 de mayo de 1975 al 31 de enero de 1978 [trabajó] como vacunador en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda NIT 800095657-8.

Del 1 de febrero de 1978 al 31 de diciembre de 1979 [trabajó] como Auxiliar de Educación en el Municipio de La Celia NIT 800099124-2

⁵⁸⁵⁸ El accionante tenía 40 años el primero de abril de 1994, pues nació el 9 de marzo de 1954 (folio 13, cuaderno 2). Además, tenía más de 15 años de servicios cotizados en la misma fecha (folio 7, cuaderno 2).

Del 1 de enero de 1979 al 8 de octubre de 1981 [trabajó] como Asistente Administrativo en el Hospital de Balboa, NIT 891411665-4

Del 9 de octubre de 1981 al 30 de junio de 1990 [trabajó] como Asistente Administrativo en el Hospital de Dosquebradas NIT 891411663-0

Del 18 de marzo de 1992 al 31 de mayo de 1995 [trabajó] como Jefe División Administrativa en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda NIT 800095657-8

(...)

El sistema general de pensiones entró en vigencia el 4 de abril de 1994, edad 55 años, tiempo de servicios 20 (...)

Durante la vinculación con el Servicio Seccional de Salud de Risaralda el señor TABORDA QUINTERO aportó para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social NIT 800179581-9” (folio 7, cuaderno 2).

2.- Desde el 19 de septiembre de 1995 hasta el 10 de noviembre de 2000, el actor efectuó cotizaciones para pensión al Instituto de Seguros Sociales, de forma más o menos continua, algunas veces como trabajador independiente y otras veces como empleado (folios 4 y 5, cuaderno 2).

3.- El 16 de enero de 2002, el peticionario se trasladó del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad como afiliado al Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir, momento el cual se desempeñaba como Gerente de la Empresa Social del Estado Hospital San Pedro y San Pablo de La Virginia, Risaralda. El señor Taborda decidió cambiarse de fondo de pensiones el 1 de junio de 2006, fecha en la que se afilió a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- (folio 8, cuaderno 2).

4.- Según señala el actor, el 26 de marzo de 2007, mediante derecho de petición, solicitó al Instituto de Seguros Sociales su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media debido a que está cobijado por el régimen de transición (folio 25, cuaderno 2).

5.- El 21 de agosto de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- rechazó el traslado del actor “*por la causal próximo a pensionarse*”, en otras palabras, porque el artículo 2 de la ley 797 de 2003 señala que las personas no pueden cambiarse de régimen pensional cuando les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, como es el caso del señor Taborda (folio 28, cuaderno 2). El ISS comunicó tal decisión al peticionario el 26 de agosto de 2007 (folios 25 y 26, cuaderno 2).

6.- En vista de esta situación, el accionante ese mismo día elevó un derecho de petición a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- en el que les pedía autorizar el traslado solicitado teniendo en cuenta que “*de acuerdo a las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (...) las personas que reúnen las condiciones del*

régimen de transición (...) pueden regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo” (folio 25, cuaderno 2).

7.- El 26 de septiembre de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- dio respuesta al derecho de petición del señor Taborda en los siguientes términos: *“(...) en cumplimiento de la normatividad de la sentencia C-789 de 2002, los afiliados que tuvieran más de 785 semanas cotizadas al 31 de marzo de 1994, fecha anterior al inició el (sic) régimen de ahorro individual, podrán trasladarse en cualquier momento al régimen de prima media. Así las cosas, si ésta sentencia aplica en su caso particular, es importante que nos remita los soportes emitidos por el Instituto de Seguro Social incluyendo la copia de la solicitud de traslado, donde conste ésta información, con el propósito de continuar con el proceso de traslado”* (folio 28, cuaderno 2).

8.- El 7 de diciembre de 2007, el señor Taborda, mediante derecho de petición, pide a Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- que le informe *“si los aportes a mi nombre efectuados al fondo de pensiones (...) son iguales o superiores a los que hubiere producido en el ISS en el mismo período(...)”*. De igual forma, solicita de nuevo el traslado de régimen pensional (folio 29, cuaderno 2).

9.- El 20 de diciembre de 2007, Pensiones y Cesantías Santander –hoy ING Pensiones y Cesantías S.A.- respondió el derecho de petición del señor Taborda de la siguiente forma: *“(...) para Santander es imposible determinar cual hubiera sido su rentabilidad en el ISS, en la medida en que en esta administradora la rentabilidad es proporcional a los saldos personales en razón de las cuentas individuales de ahorro, régimen completamente diferente al de prima media del ISS donde existe un fondo común”* (folio 32, cuaderno 2).

Respecto de la solicitud de traslado de régimen pensional agregó que *“(...) para configurar un traslado es necesario cumplir con lo establecido en la Circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera, donde se mencionan los requisitos para el diligenciamiento del formulario de vinculación (...) Sin embargo, le informamos los requisitos que la ley actual y la jurisprudencia le exige (sic) para efectuar el traslado los cuales son:*

- Podrá trasladarse en cualquier tiempo si tiene cotizadas en el ISS al primero (1) de abril de 1994, setecientas ochenta y cinco (785) (sic)*
- El afiliado conserva el derecho a trasladarse de régimen siempre y cuando haya permanecido en el último régimen por lo menos cinco años contados a partir de la selección inicial o el último traslado válido y no le faltaren (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.*

Teniendo en cuenta lo anterior, le informamos que el ISS es la entidad responsable de solicitar el traslado de su afiliación” (folio 33, cuaderno 2).

10.- El 9 de abril de 2008, ING Pensiones y Cesantías S.A.-antes Pensiones y Cesantías Santander – le envió un derecho de petición al ISS con el fin de que *“se sirva a validar si el señor Taborda cumple con los requisitos necesarios para recuperar el régimen de transición”* (folio 17, cuaderno 2). Dicha petición no ha sido respondida (folio 90, cuaderno 2).

11.- Aduce el peticionario que el hecho de que ING Pensiones y Cesantías le niegue el traslado de régimen pensional viola su derecho fundamental a la seguridad social pues contradice la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Señala que la Corte Constitucional, en las sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y C-625 de 2007, indicó que las personas beneficiarias del régimen de transición, cuando previamente se hubieran trasladado el régimen de ahorro individual, tienen el derecho de regresar en cualquier tiempo al régimen de prima media con el fin de preservar la intangibilidad de su derecho a pensionarse conforme al régimen de transición (folios 37 a 39, cuaderno 2).

Solicitud de Tutela

12.- Con fundamento en los hechos narrados, el ciudadano Javier de Jesús Taborda Quintero solicitó la protección de su derecho fundamental a la seguridad social que considera ha sido vulnerado por la entidad demandada al negarse a permitir su traslado al régimen de prima media, administrado por el ISS. En consecuencia pide ordenar a ING Pensiones y Cesantías que autorice su traslado al régimen de prima media entregando todo el ahorro efectuado al régimen de ahorro individual (folio 16, cuaderno 2).

Respuesta de la entidad demandada

13.- ING Pensiones y Cesantías señaló que la negativa del traslado solicitado por el señor Taborda se debe a que *“(...) el Instituto de Seguro Social no ha precisado que este traslado se realiza en aplicación de la sentencia C-789 de 2002 y C-1024 de 2004 (...)”*, a pesar de que se le envió un derecho de petición en este sentido, el cual no ha sido respondido.

Así mismo afirmó que, una vez analizada la parte motiva de las sentencias mencionadas, *“(...) se puede colegir que el accionante cumple con los requisitos necesarios en aras de hacer eficaz el traslado con destino al Instituto de Seguro Social, en ese sentido, se concluye que las sentencias antes referidas habilitan el traslado y no lo limitan”* (folio 88 y 90, cuaderno 2).

Finalmente, concluye que no ha violado ningún derecho fundamental ya que *“(...) ha realizado las gestiones necesarias en aras de que se surta el traslado de régimen, no obstante y de acuerdo a la normatividad aplicable al caso concreto [se refiere a la circular 019 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera], no es posible adelantar acciones diferentes a las hechas, a este tenor el traslado depende única y exclusivamente del Instituto de Seguros Sociales”* (folio 90, cuaderno 2).

Por lo anterior, solicitó al juez de primera instancia vincular al proceso al Instituto de Seguros Sociales *“(...) con el fin de que (...) peticione el traslado de acuerdo a la sentencia C- 789 de 2002 y 1024 de 2004 (...)”* (folio 89, cuaderno 2).

14.- El Instituto de Seguros Sociales, mediante escrito recibido el 13 de mayo de 2008, señaló que *“(...) para el análisis y aprobación del traslado se requiere de la participación de la última administradora de pensiones del régimen de ahorro individual (...)”*, es decir, de ING Pensiones y Cesantías. Además, afirma, aunque no hay prueba de ello en el expediente, que *“por lo anterior, (...) solicitó a la AFP Santander la certificación del detalle simulado del saldo en la Cuenta de Ahorro Individual con corte a la fecha de traslado al*

ISS, con el propósito de analizar si el caso del señor Taborda Quintero cumple con las condiciones exigidas por la sentencia C-1024, requisito indispensable para acceder al régimen de prima media con prestación definida” (folio 107, cuaderno 2).

Por último, informa que, según la Superintendencia Financiera, para que sea procedente el traslado solicitado, además de los requisitos de la sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, se deben cumplir con los señalados en el artículo 3 del Decreto 3800 de 2003, los cuales son:

“a) Al cambiarse nuevamente al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se traslade el saldo de la cuenta de ahorro individual del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, y

b) Dicho saldo no sea inferior al monto total del aporte legal para el riesgo de vejez, correspondiente en caso de que hubieren permanecido en el Régimen de Prima Media, incluyendo los rendimientos que se hubieran obtenido en este último” (folio 108, cuaderno 2).

Decisiones judiciales objeto de revisión

Sentencia de primera instancia

15.- El Juzgado Primero Civil Municipal de Pereira vinculó como parte accionada al Instituto de Seguros Sociales, además en virtud de tal decisión, se declaró incompetente para seguir conociendo de la acción de tutela con fundamento en que, según el Decreto 1382 de 2000, son los jueces del circuito o con categoría de tales los que deben resolver, en primera instancia, las acciones de tutela que se dirijan contra una entidad del orden nacional, como lo es el Instituto de Seguros Sociales. Con base en lo anterior, remitió el expediente a la oficina de apoyo judicial para que fuera repartido a los jueces del circuito o con categoría de tales (folios 95-97, cuaderno 2).

16.- El expediente fue remitido al Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Función de Conocimiento, quien concedió el amparo solicitado y ordenó al Instituto de Seguros Sociales –Seccional Risaralda- que, una vez obtenga la verificación positiva del régimen de transición emitida por la Vicepresidencia de Pensiones de esta entidad, acepte el traslado al régimen de prima media con prestación definida en un término no inferior a diez (10) días. Además, ordena a ING Pensiones y Cesantías que inicie inmediatamente las acciones legales o administrativas tendientes a obtener la respuesta del derecho de petición que elevó al Instituto de Seguros Sociales el 9 de abril de 2008. Lo anterior debido a que considera que es indispensable constatar que el señor Taborda está cobijado por el régimen de transición para proceder al traslado (folios 114-116, cuaderno 2).

Impugnación

17.- El actor impugnó el fallo de primera instancia con el argumento de que, con base en las pruebas aportadas al proceso, es evidente que es beneficiario del régimen de transición por lo que resulta innecesario someter el traslado a una decisión del Instituto de

Seguros Sociales y lo que procede es ordenar directamente lo solicitado, como lo ha hecho la Corte Constitucional en varias sentencias (folios 120-122, cuaderno 2).

Sentencia de segunda instancia

18. La Sala Primera de Asuntos Penales para Adolescentes de Pereira revocó la decisión de primera instancia para en su lugar negar el amparo solicitado con fundamento en que el derecho a la libertad de elección de régimen pensional es un derecho de rango legal no susceptible de protección mediante la acción de tutela, que está reservada para la garantía de los derechos constitucionales fundamentales. Adicionalmente, considera el juez de segunda instancia que el actor cuenta con otro medio de defensa judicial ante la jurisdicción laboral y que no es procedente conceder la tutela como mecanismo transitorio pues no se acreditó un perjuicio irremediable (folios 6-10, cuaderno 3).

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

Competencia

1.- Esta Corte es competente para revisar el presente fallo de tutela de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional, el Decreto 2591 de 1991 y las demás disposiciones pertinentes.

Problema jurídico

2.- En atención a lo expuesto, esta Sala de Revisión debe determinar si el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías vulneraron el derecho fundamental a la seguridad social del peticionario al negarse a autorizar su traslado del régimen de ahorro individual al de prima media.

3.- A fin de resolver el asunto, la Sala se pronunciará sobre los siguientes tópicos: (i) la seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela, (ii) aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993, (iii) el régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social, (iv) la jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media en el caso de los beneficiarios del régimen de transición, y (v) el caso concreto.

La seguridad social como derecho constitucional fundamental y su protección por medio de la acción de tutela

4.- La seguridad social se erige en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho constitucional a cuyo cumplimiento se compromete el Estado, según se sigue de la lectura del artículo 48 superior, el cual prescribe lo siguiente: "*Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social*"⁵⁹.

⁵⁹ Sobre el alcance de la seguridad social como derecho protegido a la luz del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su observación general número XX el Comité hizo las siguientes precisiones: "26. *El artículo 9 del Pacto prevé de manera general que los Estados Partes "reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso el seguro social", sin precisar la índole ni el nivel de la protección que debe garantizarse. Sin embargo, en el término "seguro social" quedan incluidos de forma implícita todos los riesgos que ocasionen la pérdida de los medios de*

La protección que le otorga el ordenamiento constitucional al derecho a la seguridad social se complementa y fortalece por lo dispuesto en el ámbito internacional pues son varios los instrumentos internacionales que reconocen el derecho de las personas a la seguridad social⁶⁰. El artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona afirma que:

“Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”.

De manera similar, el artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prescribe:

“Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”.

De la lectura de las normas transcritas se deduce que el derecho a la seguridad social protege a las personas que están en imposibilidad física o mental para obtener los medios de subsistencia que le permitan llevar una vida digna a causa de la vejez, del desempleo o de una enfermedad o incapacidad laboral. El derecho a la pensión de vejez es uno de los mecanismos que, en virtud del derecho a la seguridad social, protege a las personas cuando su vejez produce una esperable disminución de la producción laboral lo que les

subsistencia por circunstancias ajenas a la voluntad de las personas. 27. De conformidad con el artículo 9 del Pacto y con las disposiciones de aplicación de los Convenios de la OIT sobre seguridad social -Convenio Nº 102, relativo a la norma mínima de la seguridad social (1952) y Convenio Nº 128 sobre las prestaciones de invalidez, vejez y sobrevivientes (1967)- los Estados Partes deben tomar las medidas adecuadas para establecer, con carácter general, sistemas de seguros de vejez obligatorios, a percibir a partir de una edad determinada, prescrita por las legislaciones nacionales” (...) 30. Finalmente, para dar pleno cumplimiento al mandato del artículo 9 del Pacto, como ya se ha señalado en los párrafos 20 y 22, los Estados Partes deberán establecer, dentro de los recursos disponibles, prestaciones de vejez no contributivas u otras ayudas, para todas las personas mayores que, al cumplir la edad prescrita fijada en la legislación nacional, por no haber trabajado o no tener cubiertos los períodos mínimos de cotización exigidos, no tengan derecho a disfrutar de una pensión de vejez o de otra ayuda o prestación de la seguridad social y carezcan de cualquier otra fuente de ingresos”.

⁶⁰ (i) artículo 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos: “Artículo 22. Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”; (ii) artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9 Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social”; (iii) artículo 16 de la Declaración Americana de los Derechos de la Persona: “Artículo XVI. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias de la desocupación, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios de subsistencia”; (iv) artículo 9 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “Artículo 9. Derecho a la Seguridad Social. 1. Toda persona tiene derecho a la seguridad social que la proteja contra las consecuencias de la vejez y de la incapacidad que la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa. En caso de muerte del beneficiario, las prestaciones de seguridad social serán aplicadas a sus dependientes”; y (v) el artículo 11, numeral 1, literal “e” de la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer: Artículo 11 || 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres, los mismos derechos, en particular: e) El derecho a la seguridad social, en particular en casos de jubilación, desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otra incapacidad para trabajar, así como el derecho a vacaciones pagadas;

dificulta o impide obtener los recursos para disfrutar de una vida digna⁶¹.

5.- Como se puede apreciar, el derecho a la seguridad social demanda el diseño de una estructura básica que, en primer lugar, establezca las instituciones encargadas de la prestación del servicio y precise, además, los procedimientos bajo los cuales éste debe discurrir. En segundo término, debe definir el sistema a tener en cuenta para asegurar la provisión de fondos que garanticen su buen funcionamiento. En este punto cobra especial importancia la labor del Estado, el cual, por medio de asignaciones de sus recursos fiscales, tiene la obligación constitucional de brindar las condiciones necesarias para asegurar el goce del derecho irrenunciable a la seguridad social⁶².

6.- De acuerdo a la clasificación ampliamente difundida en la doctrina que se ha ocupado de los derechos fundamentales, la cual toma como base el proceso histórico de surgimiento de estas garantías como parámetro de consulta para establecer la naturaleza de tales derechos, la seguridad social es un derecho que se inscribe en la categoría de los derechos de segunda generación –igualmente conocidos como derechos sociales o de contenido económico, social y cultural-.

En el ordenamiento jurídico colombiano y, durante un amplio lapso, la doctrina constitucional – incluida la jurisprudencia de la Corte Constitucional -, acogió la distinción teórica entre derechos civiles y políticos, de una parte, y derechos sociales, económicos y culturales, de otra. Los primeros generadores de obligaciones negativas o de abstención y por ello *reconocidos en su calidad de derechos fundamentales y susceptibles de protección directa por vía de tutela*. Los segundos, *desprovistos de carácter fundamental* por ser fuente de prestaciones u obligaciones positivas, frente a los cuales, por ésta misma razón, *la acción de tutela resultaba, en principio, improcedente*.

Sin embargo, desde muy temprano, el Tribunal Constitucional colombiano admitió que los derechos sociales, económicos y culturales, llamados también de segunda generación, podían ser amparados por vía de tutela cuando se lograba demostrar un nexo inescindible entre estos derechos de orden prestacional y un derecho fundamental, lo que se denominó “tesis de la conexidad”⁶³.

7.- Otra corriente doctrinal ha mostrado, entretanto, que los derechos civiles y políticos así como los derechos sociales, económicos y culturales son derechos fundamentales que implican obligaciones de carácter negativo como de índole positiva⁶⁴. El Estado ha de abstenerse de realizar acciones orientadas a desconocer estos derechos (deberes negativos del Estado) y con el fin de lograr la plena realización en la práctica de todos estos derechos – políticos, civiles, sociales, económicos y culturales – es preciso, también, que el Estado adopte un conjunto de medidas y despliegue actividades que implican exigencias de orden prestacional (deberes positivos del Estado).

Según esta óptica, la implementación práctica de todos los derechos constitucionales fundamentales siempre dependerá de una mayor o menor erogación presupuestaria, de forma tal que despojar a los derechos sociales – como el derecho a la salud, a la

⁶¹ Sentencia T-284-07.

⁶² Sentencia C-623 de 2004

⁶³ Posición planteada desde la sentencia T-406 de 1992.

⁶⁴ Víctor Abramovich, Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Editorial Trotta, Madrid, 2002.

educación, a la vivienda, al acceso al agua potable entre otros - de su carácter de derechos fundamentales por ésta razón resultaría no sólo confuso sino contradictorio.

8.- Es por ello que en pronunciamientos más recientes esta Corte ha señalado que *todos los derechos constitucionales son fundamentales*⁶⁵ pues se conectan de manera directa con los valores que las y los Constituyentes quisieron elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución. Estos valores consignados en normas jurídicas con efectos vinculantes marcan las fronteras materiales más allá de las cuales no puede ir la acción estatal sin incurrir en una actuación arbitraria (obligaciones estatales de orden negativo o de abstención). Significan, de modo simultáneo, admitir que en el Estado social y democrático de derecho no todas las personas gozan de las mismas oportunidades ni disponen de los medios – económicos y educativos - indispensables que les permitan elegir con libertad aquello que tienen razones para valorar. De ahí el matiz activo del papel del Estado en la consecución de un mayor grado de libertad, en especial, a favor de aquellas personas ubicadas en una situación de desventaja social, económica y educativa. Por ello, también la necesidad de compensar los profundos desequilibrios en relación con las condiciones de partida mediante una acción estatal eficaz (obligaciones estatales de carácter positivo o de acción).

9. Ahora bien, una cosa es la fundamentalidad de los derechos y otra – muy distinta – la posibilidad de hacerlos efectivos a través de la acción de tutela.

Existen facetas prestacionales de los derechos fundamentales – sean éstos civiles, políticos, económicos, sociales o culturales -, como el derecho a la pensión de vejez, cuya implementación política, legislativa, económica y técnica es más exigente que la de otras y depende de fuertes erogaciones económicas en un contexto de escasez de recursos. Esto supone que algunas veces sea necesario adoptar políticas legislativas y/o reglamentarias para determinar específicamente las prestaciones exigibles y las condiciones para acceder a las mismas, las instituciones obligadas a brindarlas y su forma de financiación, teniendo en cuenta que se debe atender, de modo prioritario, a quienes más lo necesitan. Sobra decir que, en esta tarea, el legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas⁶⁶.

La necesidad del desarrollo político, reglamentario y técnico *no determina que estos derechos pierdan su carácter fundamental, pero sí tiene repercusiones en la posibilidad de protegerlos mediante la acción de tutela* pues la indeterminación de algunas de sus facetas prestacionales dificulta establecer con exactitud, en un caso concreto, quien es el sujeto obligado, quien es el titular y cual es el contenido prestacional constitucionalmente determinado.

⁶⁵ Ver las sentencias T-016-07 sobre el derecho a la salud, T-585-08 sobre el derecho a la vivienda y T-580-07 sobre el derecho a la seguridad social.

⁶⁶ Al respecto ver las Sentencias C-616 de 2001, C-130 de 2002, C-791 de 2002 y SU-623 de 2001

En este sentido, la Corte ha señalado que *sólo una vez adoptadas las medidas de orden legislativo y reglamentario*, si se cumplen los requisitos previstos en estos escenarios, las personas pueden, sin excepción, acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de estos derechos fundamentales cuando quiera que este se encuentre amenazado de vulneración o haya sido conculcado⁶⁷, previo análisis de los requisitos de procedibilidad de este mecanismo constitucional.

La anterior regla tiene una excepción, pues también ha indicado la Corte que ante la renuencia de las instancias políticas y administrativas competentes en adoptar e implementar medidas orientadas a realizar estos derechos fundamentales en la práctica, los jueces pueden hacer efectivo su ejercicio por vía de tutela *cuando la omisión de las autoridades públicas termina por desconocer por entero la conexión existente entre la falta de protección de los derechos fundamentales y la posibilidad de llevar una vida digna y de calidad, especialmente de sujetos de especial protección o, en general, de personas colocadas en situación evidente de indefensión*⁶⁸.

10.- De esta forma queda claro que el derecho a la seguridad social – dentro del cual se inscribe el derecho a la pensión de vejez -, es un derecho fundamental y que, cuando se presenten alguno de los dos eventos descritos, *la acción de tutela puede ser usada para protegerlo*, siempre y cuando se verifiquen, además, los requisitos de procedibilidad de este mecanismo procesal.

Aspectos generales de los regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993

11.- A través de la ley 100 de 1993, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y estableció dos regímenes de pensiones *excluyentes* que coexisten: el régimen solidario de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad⁶⁹. Aunque la afiliación a cualquiera de estos regímenes es obligatoria, la selección de uno de estos sistemas es libre⁷⁰ y, una vez hecha la selección inicial, los afiliados tienen la posibilidad de trasladarse de un régimen pensional a otro, con el cumplimiento de las condiciones establecidas en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993⁷¹.

12.- Según el artículo 31 de la Ley 100 de 1993 el régimen solidario de prima media con prestación definida es *“aquel mediante el cual los afiliados o sus beneficiarios obtienen una pensión de vejez, de invalidez o de sobrevivientes, o una indemnización, previamente definidas”*. En este régimen los aportes de los afiliados y sus rendimientos constituyen *“un fondo común de naturaleza pública”*, que garantiza el pago de las prestaciones a quienes tengan la calidad de pensionados en cada vigencia, los respectivos gastos de administración y la constitución de reservas de acuerdo con lo dispuesto en la ley⁷². Las

⁶⁷ Sentencia T-016-07.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ Ley 100 de 1993, Artículo 12.

⁷⁰ Ley 100 de 1993, Artículo 13, literal b.

⁷¹ Originalmente, tal norma prescribía que los afiliados sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. Posteriormente, el artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición citada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

⁷² Ley 100 de 1993, Artículo 32.

personas afiliadas a este régimen obtendrán el derecho a la pensión de vejez, previamente establecida por la ley, cuando cumplan con los requisitos legales de edad y semanas de cotización.

Su administración corresponde al Instituto de Seguros Sociales y a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado existentes al momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 mientras subsistan⁷³.

13.- A su turno, de conformidad con el inciso primero del artículo 59 de la Ley 100 de 1993, el régimen de ahorro individual con solidaridad *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*. En este régimen los aportes no ingresan a un fondo común como en el régimen de prima media, sino que son depositados en una cuenta individual de ahorro pensional constituida a título personal⁷⁴. Por lo anterior, existe una relación directa entre el capital ahorrado en la cuenta individual de los afiliados y la pensión, lo cual determina que el valor de la pensión sea variable y no previamente definido como en el régimen de prima media. El sistema garantiza la pensión de vejez únicamente a condición de haber reunido en la cuenta individual el capital necesario para financiarla, sin que sea necesario el cumplimiento de una edad determinada o de un número mínimo de semanas de cotización, requisitos propios del sistema de prima media con prestación definida⁷⁵.

El conjunto de cuentas de ahorro pensional conforman un fondo de pensiones que es administrado por entidades privadas especializadas que hacen parte del sistema financiero, y que están sometidas a inspección y vigilancia del Estado⁷⁶.

14.- La ley 100 de 1993, al crear un sistema de pensiones con pretensión de generalidad, derogó, en su mayoría, los diversos regímenes pensionales existentes, los cuales contemplan los requisitos de edad y/o tiempo de servicio o semanas de cotización que debían cumplir las personas para acceder a la pensión de vejez. Sin embargo, tales regímenes se siguen aplicando para las personas amparadas por el denominado régimen de transición, como se verá a continuación.

El régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993 y su relación con el derecho a la seguridad social

15.- El artículo 36 de la ley 100 de 1993 previó un régimen de transición para aquellas personas que en el momento de su entrada en vigencia estaban próximas a cumplir los requisitos de la pensión de vejez. Este consiste en que se les permite pensionarse con el cumplimiento de los requisitos que prescribían las normas anteriores a la ley 100 de 1993. El régimen de transición tiene entonces el fin de no frustrarles a estas personas la expectativa de adquirir la pensión de vejez, pues la ley 100 de 1993 exige mayores requisitos para acceder a tal derecho.

⁷³ Ley 100 de 1993, Artículo 52.

⁷⁴ Ley 100 de 1993, Artículos 60, literal d y 97.

⁷⁵ Conforme al artículo 64 de la Ley 100 de 1993, los afiliados tendrán derecho a retirarse a la edad que escojan, siempre y cuando el capital acumulado en su cuenta les permita obtener una pensión superior al 110% del salario mínimo legal mensual vigente.

⁷⁶ Ley 100 de 1993, Artículo 90.

16.- El legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones (1 de abril de 1994). Concretamente, dice el artículo 36 de la ley 100 de 1993:

“A partir de la fecha de vigencia de la presente ley y hasta el 31 de diciembre del año 2007, la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez, de las personas que el 1º de abril de 1994 tuviesen 35 años o más de edad si son mujeres o cuarenta años de edad o más si son hombres ó 15 años o más de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encontraban afiliados a esa fecha. A partir del 1º de enero del 2008, a las personas que cumplan las condiciones establecidas en el presente inciso se les reconocerá la pensión con el requisito de edad del régimen anterior al cual se encontraban afiliados. Las demás condiciones y requisitos de pensión aplicables a estas personas serán los consagrados en el Sistema General de Pensiones (...).”

17.- Como se puede ver, la protección otorgada por el régimen de transición se conecta de forma inescindible con el derecho a la pensión de vejez y, por esta vía, con el derecho fundamental a la seguridad social pues establece unas condiciones más favorables para acceder al mismo en favor de algunas personas con el fin de no vulnerar mediante ley posterior una expectativa legítima.

Explicadas las características generales de los dos regímenes pensionales creados por la ley 100 de 1993 y el régimen de transición, es preciso señalar, a continuación, las normas que regulan la posibilidad de traslado entre regímenes, *específicamente en el caso de las personas que cumplen los requisitos del régimen de transición*, pues los hechos que originan la presente acción de tutela se refieren, precisamente, al deseo de un beneficiario de este régimen de hacer uso de tal facultad.

Jurisprudencia constitucional sobre el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima medida en el caso de los beneficiarios del régimen de transición

18.- El tema de la posibilidad de traslado entre regímenes pensionales presenta particularidades importantes en el caso de las personas beneficiarias del régimen de transición pues, según el artículo 36 (incisos 4 y 5) de la ley 100 de 1993, la protección que otorga éste último se *extingue* cuando se escoge, inicialmente o por traslado, el régimen de ahorro individual, lo cual quiere decir que no se recupera por el ulterior cambio que se haga al régimen de prima media. Dice la disposición mencionada:

“ (...) Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas voluntariamente se acojan al régimen de

ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

Tampoco será aplicable para quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida (...)."

En otras palabras, los beneficiarios del régimen de transición tienen libertad para escoger el régimen pensional al que se desean afiliar y también poseen la facultad de trasladarse entre ellos, pero la escogencia del régimen de ahorro individual o el traslado que hagan al mismo trae para ellos una consecuencia: la pérdida de la protección del régimen de transición. En ese sentido, estas personas, para pensionarse, deberán cumplir necesariamente con los requisitos de la ley 100 de 1993 según el régimen pensional que elijan y no podrán hacerlo de acuerdo con las normas anteriores, aunque les resulten más favorables.

Es evidente que, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el efecto del traslado tiene importantes repercusiones en el goce del derecho a la pensión de vejez y, por tanto, en el derecho fundamental a la seguridad social, ya que hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. El traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental.

Esta Corporación ha emitido varias sentencias acerca de esta situación.

19.- La primera vez en la cual se pronunció al respecto fue en la sentencia C-789 de 2002, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra los incisos 4 y 5 del artículo 36 de la ley 100 de 1993 antes transcritos. El demandante argumentaba, básicamente, que tales normas eran contrarias a la Carta Política porque (i) vulneraban el artículo 58 al despojar a las personas del derecho adquirido consistente en pensionarse de acuerdo al régimen de transición y (ii) atentaban contra el artículo 53 al permitir que los trabajadores beneficiados con el régimen de transición renunciaran al mismo al afiliarse o trasladarse al régimen de ahorro individual.

La Sala Plena consideró que las disposiciones demandadas se ajustaban a la Constitución puesto que, en primer lugar, el derecho a obtener una pensión de acuerdo con el régimen de transición no es un derecho adquirido sino *"apenas una expectativa legítima, a la cual decidieron renunciar voluntaria y autónomamente, para trasladarse al sistema de ahorro individual con solidaridad"*.

En segundo lugar, indicó que ni siquiera puede afirmarse que las normas acusadas frustren tal expectativa ya que sólo *"se podría hablar de una frustración de la expectativa a pensionarse en determinadas condiciones y de un desconocimiento del trabajo de quienes se trasladaron al sistema de ahorro individual, si la condición no se hubiera impuesto en la Ley 100 de 1993, sino en un tránsito legislativo posterior, y tales personas se hubieran trasladado antes del tránsito legislativo"*.

Por último, precisó que *"la protección constitucional a favor del trabajador, que le impide al legislador expedir normas que les permitan renunciar a ciertos beneficios considerados"*

como mínimos no se refiere a las expectativas legítimas, sino a aquellos derechos que hayan sido adquiridos por sus titulares o a aquellas situaciones que se hayan consolidado definitivamente en cabeza de sus titulares”, razón por la cual tal prohibición no aplica en este caso al tratarse de expectativas legítimas y no de derechos adquiridos.

A pesar de lo anterior, la Corte hizo una aclaración respecto de la interpretación de las disposiciones demandadas, la cual incluyó en la parte resolutive de la sentencia. Por su importancia para la resolución del caso concreto, se transcribirá *in extenso*:

“(…)el legislador previó el régimen de transición en favor de tres categorías de trabajadores que, al momento de entrar en vigor dicha ley, cumplieran con determinados requisitos. En primer lugar, los hombres que tuvieran más de cuarenta años; en segundo lugar, las mujeres mayores de treinta y cinco y; en tercer lugar, los hombres y mujeres que, independientemente de su edad, tuvieran más de quince años de servicios cotizados; requisitos que debían cumplir al momento de entrar en vigencia el sistema de pensiones, conforme lo establece el artículo 151 de dicha ley.

A su vez, como se desprende del texto del inciso 4º, este requisito para mantenerse dentro del régimen de transición se les aplica a las dos primeras categorías de personas; es decir, a las mujeres mayores de treinta y cinco y a los hombres mayores de cuarenta. Por el contrario, ni el inciso 4º, ni el inciso 5º se refieren a la tercera categoría de trabajadores, es decir, quienes contaban para la fecha (1º de abril de 1994) con quince años de servicios cotizados. Estas personas no quedan expresamente excluidos del régimen de transición al trasladarse al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme al inciso 4º, y por supuesto, tampoco quedan excluidos quienes se trasladaron al régimen de prima media, y posteriormente regresan al de ahorro individual, conforme al inciso 5º.

El intérprete podría llegar a concluir, que como las personas con más de quince años cotizados se encuentran dentro del régimen de transición, a ellos también se les aplican las mismas reglas que a los demás, y su renuncia al régimen de prima media daría lugar a la pérdida automática de todos los beneficios que otorga el régimen de transición, así después regresen a dicho régimen. Sin embargo, esta interpretación resulta contraria al principio de proporcionalidad.

Conforme al principio de proporcionalidad, el legislador no puede transformar de manera arbitraria las expectativas legítimas que tienen los trabajadores respecto de las condiciones en las cuales aspiran a recibir su pensión, como resultado de su trabajo. Se estaría desconociendo la protección que recibe el trabajo, como valor fundamental del Estado (C.N. preámbulo, art. 1º), y como derecho-deber (C.N. art. 25). Por lo tanto, resultaría contrario a este principio de proporcionalidad, y violatorio del reconocimiento constitucional del trabajo, que quienes han cumplido con el 75% o más del tiempo de trabajo necesario para acceder a la pensión a la entrada en vigencia del sistema de pensiones, conforme al artículo 151 de la Ley 100 de 1993 (abril 1º de 1994), terminen perdiendo las condiciones en las que aspiraban a recibir su pensión” (subrayado fuera del texto original).

Es decir, aunque la Corte consideró acordes con la Constitución las disposiciones que prescriben que la protección de régimen de transición se *extingue* cuando la persona escoge el régimen de ahorro individual o se traslada a él, aclaró que las normas expresamente circunscriben tal consecuencia a sólo dos de los tres grupos de personas que ampara el régimen de transición: (i) mujeres mayores de treinta y cinco y (ii) los hombres mayores de cuarenta.

Por tanto, (iii) las personas que contaban con quince años de servicios cotizados para el 1 de abril de 1994 no pierden los beneficios del régimen de transición al escoger el régimen de ahorro individual o al trasladarse al mismo, lo que se traduce en que, una vez hecho el traslado al régimen de prima media, pueden adquirir su derecho pensional de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993.

Ahora bien, la Corte reconoce que resulta necesario señalar algunos requisitos para el evento en que las personas pertenecientes al grupo (iii) decidan trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media con el fin de pensionarse de acuerdo con el régimen de transición. Exigencias que también quedaron contenidas en la parte resolutive de la sentencia en comento. Señaló:

“Por lo tanto, las personas que hubieran cotizado durante 15 años o más al entrar en vigencia el sistema de pensiones, y se encuentren en el régimen de prima media con prestación definida, tendrán derecho a que se les apliquen las condiciones de tiempo de servicios, edad y monto de la pensión, consagradas en el régimen anterior, siempre y cuando:

a) Al cambiarse nuevamente al régimen de prima media, se traslade a él todo el ahorro que habían efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad, y

b) Dicho ahorro no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media.

En tal evento, el tiempo trabajado en el régimen de ahorro individual les será computado al del régimen de prima media con prestación definida”.

20.- La segunda oportunidad en la cual la Corte Constitucional abordó el tema del traslado entre regímenes pensionales en el caso de las personas beneficiadas con el régimen de transición fue en la sentencia C-1024 de 2004, con ocasión de una demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 2 de la ley 797 de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Originalmente, esta última norma prescribía que los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones sólo podían trasladarse de régimen por una sola vez cada tres años, contados a partir de la selección inicial. El artículo 2 de la ley 797 de 2003 modificó la disposición mencionada y aumentó el período que deben esperar los afiliados para cambiarse de régimen pensional a cinco años. Además, incluyó una prohibición: el afiliado no podrá trasladarse cuando le falten diez años o menos para cumplir la edad

para tener derecho a la pensión de vejez. Prohibición que empezó a regir un año después de la entrada en vigencia de la ley 797 de 2003.

Como se puede ver, la modificación no se refiere específicamente al caso de las personas cobijadas por el régimen de transición pero, indirectamente, regula su situación pues ni ellos ni los demás afiliados podrán trasladarse de régimen cuando les falten 10 años o menos para cumplir edad que requieren para adquirir la pensión de vejez. En el caso de las personas del grupo (iii) el cambio normativo se traduciría en que no podrían trasladarse del régimen de ahorro individual al de prima media para hacer uso de los beneficios del régimen de transición, en los términos de la sentencia C-789 de 2002, cuando les falten 10 años o menos para llegar a la edad exigida para la pensión de vejez.

Esta Corporación, en la sentencia C-1024 de 2004, se pronunció a favor de la constitucionalidad de la norma acusada al considerarla una medida adecuada, proporcionada y necesaria que busca un fin constitucionalmente legítimo. Concretamente, respecto de los objetivos que busca la limitación al cambio de régimen, dijo esta Corporación:

(...) el objetivo perseguido con el señalamiento del período de carencia en la norma acusada, consiste en evitar la descapitalización del fondo común del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, que se produciría si se permitiera que las personas que no han contribuido al fondo común y que, por lo mismo, no fueron tenidas en consideración en la realización del cálculo actuarial para determinar las sumas que representarán en el futuro el pago de sus pensiones y su reajuste periódico; pudiesen trasladarse de régimen, cuando llegasen a estar próximos al cumplimiento de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, lo que contribuiría a desfinanciar el sistema y, por ende, a poner en riesgo la garantía del derecho irrenunciable a la pensión del resto de cotizantes (...) Desde esta perspectiva, si dicho régimen se sostiene sobre las cotizaciones efectivamente realizadas en la vida laboral de los afiliados, para que una vez cumplidos los requisitos de edad y número de semanas, puedan obtener una pensión mínima independientemente de las sumas efectivamente cotizadas. Permitir que una persona próxima a la edad de pensionarse se beneficie y resulte subsidiada por las cotizaciones de los demás, resulta contrario no sólo al concepto constitucional de equidad (C.P. art. 95), sino también al principio de eficiencia pensional, cuyo propósito consiste en obtener la mejor utilización económica de los recursos administrativos y financieros disponibles para asegurar el reconocimiento y pago en forma adecuada, oportuna y suficiente de los beneficios a que da derecho la seguridad social (...)

Por otra parte, el período de permanencia previsto en la ley, de igual manera permite defender la equidad en el reconocimiento de las pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues como previamente se expuso, se aparta del valor material de la justicia que personas que no han contribuido a obtener una alta rentabilidad a partir de los rendimientos producidos por la administración de los fondos de pensiones, puedan resultar finalmente beneficiados del riesgo asumido por otros (C.P. preámbulo y art. 1º), o eventualmente, subsidiados a costa de los recursos ahorrados con fundamento en el aporte obligatorio que deben realizar los afiliados al Régimen de Ahorro

Individual, para garantizar el pago de la garantía de la pensión mínima de vejez cuando no alcanzan el monto de capitalización requerida, poniendo en riesgo la cobertura universal del sistema para los ahorradores de cuentas individuales”.

A pesar de lo anterior, esta Corte indicó que siendo el derecho al régimen de transición un *derecho adquirido* la norma demandada no podía desconocer a las personas del grupo (iii) la posibilidad de “*retornar en cualquier tiempo al régimen de prima media con prestación definida y, por lo mismo, hacer efectivo su derecho pensional con fundamento en las disposiciones que le resulten más benéficas*”, con el cumplimiento de los requisitos que en la sentencia C-789 de 2002 había mencionado.

Con base en la sentencia C-754 de 2004, la Corte precisó que si bien en la sentencia C-789 de 2003 había señalado que no existía propiamente un derecho adquirido a ingresar al régimen de transición, pues si el legislador cambia las condiciones en que se puede *ingresar* al régimen de transición únicamente modifica meras expectativas, esto no significa que las condiciones para *continuar* en él si puedan ser cambiadas una vez cumplidos los supuestos normativos en él señalados, pues las personas cobijadas por dicho régimen tienen derecho a que se les respeten las condiciones en él establecidas.

En vista de lo anterior, esta Corporación incluyó un condicionamiento en la parte resolutive en los siguientes términos:

“Declarar EXEQUIBLE el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en el siguiente aparte previsto en el literal e), a saber: “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez; (...)”, exclusivamente por el cargo analizado en esta oportunidad y bajo el entendido que las personas que reúnen las condiciones del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y que habiéndose trasladado al régimen de ahorro individual con solidaridad, no se hayan regresado al régimen de prima media con prestación definida, pueden regresar a éste -en cualquier tiempo-, conforme a los términos señalados en la sentencia C-789 de 2002”.

21.- En la sentencia T-818 de 2007, la Corte abordó, por tercera vez, el tema que se ha venido tratando.

Como se vio, la sentencia C-789 de 2002 señaló que al cambiarse al régimen de prima media, las personas debían trasladar todo el ahorro que habían efectuado en el régimen de ahorro individual con solidaridad y que dicho ahorro “*no podía ser inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media*”. Precisamente en el cumplimiento de éste último requisito reside uno de los problemas jurídicos de la sentencia T-818 de 2007, pues debido a un cambio de legislación tal exigencia devino en imposible de cumplir.

En efecto, en el 2002, cuando se expidió la sentencia de constitucionalidad anteriormente mencionada, la distribución del aporte en los dos regímenes pensionales de la ley 100 de 1993 era igual: según la redacción original del artículo 20 la cotización se repartía en un

3.5% para pagar los gastos de administración y una prima para un seguro de pensión de invalidez y sobrevivientes y lo restante se destinaba para el pago de la pensión de vejez.

Posteriormente, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 modificó el artículo 20 de la ley 100 de 1993 ya citado. La reforma no cambió la distribución del aporte en el régimen de prima media, pero sí lo hizo en el régimen de ahorro individual. A partir de la nueva ley, un 1.5% de la cotización va a un fondo de garantía de pensión mínima en el régimen de ahorro individual, mientras que en el régimen de prima media ese 1.5% se ocupa en financiar la pensión de vejez. Esto deriva en que siempre será mayor el porcentaje destinado para la pensión del vejez en el régimen de prima media que en el de ahorro individual.

Ante esta situación, la Corte afirmó, en la sentencia T-818 de 2007, que *“la exigencia de condiciones imposibles (...) para ejercer el derecho de las personas que, pueden cambiar de régimen aún faltándoles menos de diez años para obtener el derecho de pensión, es a todas luces inconstitucional. No se puede condicionar la realización del derecho a la libre escogencia de régimen pensional mediante elementos que hagan imposible su ejercicio”*. Con base en esta argumentación, se reconoció, en el caso concreto, el derecho del peticionario a trasladarse de régimen, aun en ausencia del cumplimiento de uno de los requisitos que había señalado la sentencia C-789 de 2002.

22.- De anterior recuento, se puede concluir que según la jurisprudencia constitucional, algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.
- (ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media.

Con base en las consideraciones precedente se dispone la Sala a resolver el caso concreto.

Caso concreto

23.- En el presente asunto, el señor Javier de Jesús Taborda Quintero considera vulnerado su derecho fundamental a la seguridad social por el Instituto de Seguros Sociales y por ING Pensiones y Cesantías, entidades que se negaron a autorizarle su traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Esta Sala considera que el problema jurídico envuelto en este caso se relaciona con el derecho fundamental a la seguridad social debido a que involucra el goce por parte del peticionario del derecho a la pensión de vejez. Tal como se señaló con anterioridad, en el caso de las personas amparadas por el régimen de transición, el traslado entre regímenes pensionales tiene importantes repercusiones en el derecho a la pensión de vejez ya que

hace más exigentes las condiciones para acceder a la prestación referida. Así, en opinión de la Sala, el traslado deja de ser entonces una simple cuestión legal y adquiere una relevancia constitucional innegable por estar en juego un derecho fundamental, al contrario de lo sostenido por el juez de segunda instancia.

24.- La primera verificación que se debe realizar en este caso es aquélla que consiste en determinar si el derecho fundamental presuntamente vulnerado es susceptible de protección por medio de la acción de tutela, ya que, como se señaló anteriormente, algunas facetas prestacionales de ciertos derechos fundamentales requieren para ello de desarrollo legal y/o reglamentario, salvo que se concrete el supuesto de hecho de la excepción ya explicada⁷⁷.

Como se expuso, en el caso del derecho a la pensión de vejez, que hace parte del derecho fundamental a la seguridad social, es necesario un desarrollo legal y/o reglamentario que establezca (i) las instituciones encargadas de la prestación del servicio, (ii) las condiciones para acceder a tal prestación y (iii) un sistema que asegure la provisión de fondos, pues la Constitución no determina directamente tales elementos. Este desarrollo ya se ha efectuado por parte del legislador, principalmente mediante la ley 100 de 1993, *lo que hace que el derecho a la pensión de vejez sea susceptible de protección mediante la acción de tutela*.

25.- La segunda verificación que se debe llevar a cabo en este caso es la relativa a la procedibilidad de la acción de tutela, pues el artículo 86 de la Constitución prescribe que ésta sólo procederá cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial idóneo, salvo que se interponga de forma transitoria para evitar un perjuicio irremediable.

Aunque es cierto que el peticionario podría acudir a la jurisdicción laboral ordinaria para reclamar el traslado del régimen de ahorro individual al régimen de prima media, en opinión de la Sala, *en esta oportunidad, dadas las particularidades del asunto*, existen razones que justifican la intervención del máximo juez constitucional.

En primer lugar, la Sala considera que un pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional resulta necesario ya que está de por medio un derecho fundamental respecto del cual la Sala Plena ha precisado, a través de dos sentencias de constitucionalidad (C-789 de 2002 y C-1024 de 2004), su contenido y sus condiciones de aplicación, pero cuyo goce en casos concretos ha resultado truncado o dilatado innecesariamente a raíz de las diferentes interpretaciones que han surgido de las mencionadas providencias.

Argumentos similares al explicado se han utilizado por esta Sala para justificar la procedencia de la tutela en casos análogos al presente, es decir, ocasiones en las que la Corte ha expedido sentencias de constitucionalidad que determinan el alcance de algún derecho fundamental, las cuales terminan siendo ignoradas en los casos concretos por las complejidades interpretativas que presentan. Así sucedió en el caso de la sentencia T-1102 de 2008.

⁷⁷ Fundamento 9 de esta sentencia.

En aquella oportunidad, el demandante alegaba que tenía derecho al reconocimiento de la asignación de retiro, contemplada en el artículo 144 del Decreto 1212 de 1990, por contar con más de 15 años de servicio activo en la Policía Nacional al momento del retiro. Argumentaba que, si bien el decreto 1212 de 1990 había sido derogado por el decreto 2070 del 25 de julio de 2003 que establecía el derecho a la asignación de retiro mencionada a quienes fueran retirados del servicio después de 18 años de servicio, éste último había sido declarado inexecutable por la Corte Constitucional mediante sentencia C-432 de 2004, en la cual se había dispuesto igualmente la reincorporación al sistema jurídico de las disposiciones derogadas, esto es, del Decreto 1212 de 1990. La dificultad del caso residía en que la sentencia de constitucionalidad era posterior al momento del retiro del actor y que la misma no había señalado, en su parte resolutoria, que tendría efectos retroactivos.

Para despejar las dudas que se cernían sobre la procedencia de la tutela a causa del principio de subsidiariedad, se señaló, en la mencionada sentencia, que *“la importancia del control de constitucionalidad de disposiciones jurídicas cuyo contenido normativo estipula regulaciones que directamente afectan prestaciones del derecho constitucional a la seguridad social, cobran relevancia constitucional para el juez de amparo. Esto, en la medida en que el carácter abstracto del control por vía del análisis de constitucionalidad a las normas, se debe reflejar coherentemente en el control por vía de aplicación de las mismas. Esto refuerza sin duda, la posibilidad de que el presente tema pueda ser resuelto por el juez de amparo”*.

En segundo lugar, declarar la improcedencia de la tutela en el presente caso en virtud del principio de subsidiariedad e indicar al peticionario que debe acudir a la jurisdicción ordinaria para lograr su traslado de régimen conllevaría numerosas complicaciones, de distinto orden, a causa de la presumible demora del proceso laboral originada, precisamente, por las distintas alternativas hermenéuticas que se han ocasionado a partir de las dos sentencias de constitucionalidad proferidas por esta Corporación respecto del tema bajo estudio.

Piénsese, por ejemplo, que el actor cumpla los requisitos para acceder a la pensión de vejez antes de que el juez laboral decida si tiene la facultad de regresar al régimen de prima media con prestación definida, en tal hipótesis, ¿se le reconocería y empezaría a pagar la misma, aún sin saber cuál es el régimen pensional que le corresponderá en definitiva? Si la respuesta es afirmativa, ¿qué pasaría si, al final del proceso laboral, se decide que pertenece a un régimen distinto a aquél conforme al cual se le reconoció la pensión en primer lugar? ¿Cómo se realizaría el cálculo del monto que debería trasladar al régimen de prima media? ¿Con deducción de lo ya devengado? Obviamente, si se restara lo pagado, el ahorro que se traslada al Instituto de Seguros Sociales sería mucho menor lo cual, sin duda, termina por afectar la financiación del sistema y podría ser usado como pretexto por el Instituto de Seguros Sociales para negar la pensión de vejez. Ahora bien, si la respuesta es negativa, seguramente se vería afectado el derecho del peticionario al mínimo vital.

Finalmente, el mecanismo ordinario no resulta idóneo y eficaz en el presente asunto debido a que, probablemente, en el momento en el cual el juez laboral se disponga a decidir sobre la solicitud de traslado, la negará a causa de que el régimen de transición ya no estará vigente teniendo en cuenta que, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, mediante el cual se reformó el artículo 48 de la Constitución, se prescribió que éste expirará el 31 de julio de 2010.

Por las anteriores razones, la Sala matiza la aplicación del principio de subsidiariedad *en este caso en particular*, con el fin de dejar sentada cual es la interpretación que, de conformidad con la Constitución, deben hacer, en adelante, las entidades del sistema de seguridad social en pensiones y los jueces laborales. Y lo hace en virtud del artículo 241 de la Constitución que le confiere a la Corte Constitucional la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, la cual se logra mediante una interpretación constitucional uniforme de las normas legales y reglamentarias por parte de los operadores jurídicos. Por eso es que, lo dicho anteriormente, no se debe entender como un desconocimiento a la regla general de la subsidiariedad de la acción de tutela, ni como el establecimiento de una nueva excepción a la misma.

Determinada la procedencia de la tutela en el caso concreto, se dispone la Sala a verificar si el derecho fundamental del peticionario a la seguridad social ha sido vulnerado por el ISS y por ING Pensiones y Cesantías.

26.- Según lo expresado con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, *en cualquier tiempo*, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a estas personas *no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado* de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de la ley 100 de 1993.

Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.
- (ii) Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual, sin importar que dicho ahorro sea inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media, por haber devenido esta exigencia en un imposible a causa de un cambio normativo.

Es evidente, según las pruebas que obran en el expediente, que el señor Taborda Quintero reúne a cabalidad con estos requisitos:

- (i) Según la certificación de la Secretaria de Salud de la Gobernación de Risaralda, el peticionario trabajó en el Servicio Seccional de Salud de Risaralda, en diferentes cargos, desde el 16 de mayo de 1975 hasta el 30 de junio de 1990 y desde el 18 de marzo de 1992 hasta el 31 de mayo de 1995, tiempo durante el cual hizo aportes para pensiones a la Caja Nacional de Previsión Social⁷⁸, lo que quiere decir que desde el 16 de mayo de 1990 contaba con 15 años de servicios cotizados.

⁷⁸ Folio 7, cuaderno 2.

- (ii) El actor nunca se ha opuesto al traslado del ahorro que hizo en el régimen de ahorro individual al régimen de prima media.

Como se dijo, no es necesario constatar si dicho ahorro es o no inferior al aporte legal correspondiente en caso de que hubieran permanecido en el régimen de prima media. Al respecto, esta Sala considera que, siendo el derecho al régimen de transición un derecho adquirido en los términos de las sentencias C-1024 de 2004 y C-754 de 2004, no se puede, mediante una ley posterior, despojar a las personas de tal facultad así sea indirectamente, como sucede en este caso. En efecto, el artículo 7 de la ley 797 de 2003 no sustrajo expresamente a las personas del grupo (iii) del derecho a gozar del amparo del régimen de transición, pero su efecto terminó siendo exactamente ese pues convirtió en un imposible uno de los requisitos que la jurisprudencia constitucional había diseñado para su ejercicio.

En este orden de ideas, la decisión de ING Pensiones y Cesantías de rechazar el traslado del actor porque el artículo 2 de la ley 797 de 2003 señala que las personas no pueden cambiarse de régimen pensional cuando les faltan menos de 10 años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez⁷⁹, contradice *abiertamente* la jurisprudencia constitucional al desconocer el condicionamiento hecho por esta Corporación a la norma mencionada en la sentencia C-1024 de 2004 y, por esta vía, viola el derecho fundamental a la seguridad social al actor. De igual forma, el ISS pasó por alto la sentencia C-1024 de 2004 cuando decidió aceptar, sin más, la decisión de rechazo de ING Pensiones y Cesantías⁸⁰.

La Sala también advierte que, posteriormente, el cambio del señor Taborda de un régimen a otro se hizo imposible debido a una discusión administrativa entre los demandados respecto de cual de ellos es el que debe dar el primer paso para proceder al cambio de régimen⁸¹. Al respecto, se debe señalar que el afiliado no debe sufrir las consecuencias negativas de este tipo de disputas, quien lo único que debe hacer es solicitar el traslado a la administradora de pensiones a la cual se quiere cambiar⁸², en este caso al ISS, como en efecto lo hizo el actor⁸³.

A partir de allí son las entidades involucradas las que deben, *de forma coordinada*, verificar el cumplimiento de los requisitos teniendo en cuenta la jurisprudencia de esta Corte respecto del caso de los beneficiarios del régimen de transición, pues son éstas, y no los afiliados, las que poseen toda la información que se necesita para ello. De ser procedente el cambio, la administradora de pensiones de la cual se quiere retirar el afiliado debe autorizar el traslado⁸⁴.

De acuerdo con lo anterior, la Sala de Revisión revocará el fallo de segunda instancia proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes- en la acción de tutela instaurada por Javier de Jesús Taborda

⁷⁹ Folio 28, cuaderno 2.

⁸⁰ Folios 25 y 26, cuaderno 2.

⁸¹ Folios 33 y 90, cuaderno 2.

⁸² Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

⁸³ Folio 25, cuaderno 2.

⁸⁴ Circular 019 de 1998 de la Superintendencia Bancaria.

Quintero contra el Instituto de Seguros Sociales e ING Pensiones y Cesantías y concederá el amparo del derecho fundamental a la seguridad social del peticionario.

En consecuencia, se ordenará a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar, previa verificación los requisitos, el traspaso del señor Javier de Jesús Taborda Quintero al régimen de prima media administrado por el Seguro Social, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia. Así mismo se le ordenará que inicie los trámites pertinentes para trasladar la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por el señor Javier de Jesús Taborda Quintero al Seguro Social, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 15 días.

También se advertirá al Instituto de Seguros Sociales que debe abstenerse de impedir el traslado del señor Javier de Jesús Taborda Quintero de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

III. DECISION

En mérito de lo expuesto, la Sala de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- CONCEDER por las razones expuestas el amparo del derecho fundamental a la seguridad social de Javier de Jesús Taborda Quintero y, en consecuencia, **REVOCAR** la sentencia proferida en el proceso de la referencia por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira -Sala de Asuntos Penales para Adolescentes-.

Segundo. ORDENAR a ING Pensiones y Cesantías que, en el término de 48 horas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a autorizar, previa verificación de los requisitos, el traspaso del señor Javier de Jesús Taborda Quintero al régimen de prima media administrado por el Seguro Social, teniendo en cuenta las consideraciones vertidas en la presente sentencia.

Tercero. ORDENAR a ING Pensiones y Cesantías que inicie los trámites pertinentes para trasladar la totalidad del ahorro efectuado al régimen de ahorro individual con solidaridad por el señor Javier de Jesús Taborda Quintero al Seguro Social, lo cual deberá cumplirse efectivamente en un término máximo de 15 días.

Cuarto: ADVERTIR al Instituto de Seguros Sociales que debe abstenerse de impedir el traslado del señor Javier de Jesús Taborda Quintero de conformidad con la parte motiva de la presente sentencia.

Quinto: Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ
Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General

**4. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.
Expediente 30.252. Sentencia (2, octubre, 2007). M.P. Eduardo López
Villegas.**

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE EDUARDO LÓPEZVILLEGAS

Referencia: Radicación No. 30252

Acta No. 81

Bogotá D.C., dos (2) de octubre de dos mil siete (2007).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por el apoderado judicial de la **COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., COLFONDOS** contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, el 15 de junio de 2006, en el proceso promovido contra la recurrente por **MARIA NELLY RUA CADAVID** y al cual fue llamada en garantía la sociedad **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A..**

I-. ANTECEDENTES.-

1.-La citada ciudadana demandó a la **COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., COLFONDOS**, con el fin de obtener la pensión de sobrevivientes en su condición de madre del afiliado Héctor de Jesús Macías Rúa, quien falleció el 8 de septiembre de 2000. Así mismo solicitó "*indemnización moratoria*" por el no pago oportuno de las mesadas o indexación.

Como apoyo de su pedimento expuso que su hijo trabajó para la empresa Alimentos Nacionales Pinky S.A., ahora Alimentos Nacionales A.N.P. S.A. y cotizó para pensiones a COLFONDOS. El 27 de abril de 2000 la Junta Regional de Calificación de

Invalidez le dictaminó pérdida de la capacidad laboral del 56.05% por enfermedad de origen común. El afiliado falleció el 8 de septiembre de 2000. Agregó que dependía económicamente del causante, quien era soltero, sin hijos y sin unión marital. (Fls. 2 a 8).

2.-La entidad demandada dio contestación al libelo, admitió unos hechos y negó otros; se opuso a las pretensiones y adujo en su defensa que no estaba demostrada la dependencia económica de la demandante respecto de su hijo fallecido. Propuso como excepciones inexistencia de la obligación y falta de causa.

COLFONDOS llamó en garantía a la sociedad Aseguradora COLSEGUROS S.A.. Señaló que tenía contratada con la llamada en garantía una póliza previsional para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados, la cual se encuentra vigente (fls. 48 a 50).

COLSEGUROS dio respuesta al libelo y a la demanda de llamamiento en garantía. Frente a esta última, aceptó la existencia de la póliza con vigencia hasta el 31 de diciembre de 2000. Aseveró que su relación con la demandada era un acto jurídico de derecho comercial, como lo era la toma del contrato de seguros, lo cual escapaba a la competencia del juez laboral. Propuso como previa la excepción de falta de jurisdicción y competencia, y como perentorias ausencia de derecho sustantivo, ausencia de solidaridad, límite de responsabilidad y prescripción (fls. 126 a 134).

3.-El Juzgado del conocimiento, que lo fue el Noveno Laboral del Circuito de Medellín, mediante fallo de 24 de enero de 2006, condenó a Colfondos al pago de la pensión de sobrevivientes deprecada; por concepto de retroactivo del 8 de septiembre de 2000 hasta el 24 de enero de 2006, impuso la suma de \$20'093.840,00. Fijó el monto pensional para el 25 de enero de 2006 en \$408.000,00, y condenó a la suma de \$7'755.167,87 por indexación. Absolvió a la Aseguradora Colseguros S.A. de todos los cargos elevados en su contra (fl. 233 a 237).

II.- SENTENCIA DEL TRIBUNAL.-

Inconforme con la decisión del Juzgador *A quo*, las partes interpusieron sendos recursos de apelación para ante el Tribunal Superior de Medellín, que mediante sentencia de 15 de junio de 2006, confirmó la condena a la pensión de sobrevivientes deprecada, aunque modificó el monto de lo adeudado por mesadas causadas que lo fijó en la suma de \$23'009.040,00, y la indexación correspondiente; confirmó la absolución a la llamada en garantía Colseguros S.A..

En lo que interesa al recurso extraordinario expuso el Tribunal que *“el llamamiento en garantía es el que hace la parte al tercero con quien ha celebrado contrato para que se haga presente en el proceso porque tiene la obligación de atenderlo en el caso de que deba pagar una indemnización de perjuicios o de reembolsar total o parcialmente lo que se vea obligado a pagar como resultado de la sentencia. Se trata, por lo tanto, de una figura jurídica de aplicación en el derecho laboral.*

“Sin embargo, en el caso planteado por la señora Rúa Cadavid, a pesar de que quien solicita la intervención del tercero es aquel que celebró contrato con la

aseguradora (llamada en garantía), sin embargo ese acto no está demostrado en el proceso, desconociéndose el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido COLSEGUROS S.A. (llamante). Sería ésta la razón por la cual no se tomaría una decisión respecto de ésta garante de los derechos a que está obligada COLFONDOS S.A.”.

Asevera el Tribunal que acertó la primera instancia cuando negó la condena por indemnización moratoria, *“pues esta figura hoy en día no existe en la legislación de la seguridad social, como sí existió en épocas pasadas (ley 10 de 1972). Lo que existe es la figura de los intereses moratorios que no son propiamente una indemnización sino un rédito.*

“Pero le asiste razón cuando pretende que se le pague el capital debidamente indexado. Es decir, lo adeudado, el saldo ya causado a favor de la demandante debe entregarse actualizado. Para ello se tomará la información que suministra el DANE y se dividirá el índice final por el índice inicial y se multiplicará por la mesada. A ese resultado se le resta el valor de la mesada y se obtendrá así el valor de la indexación. Así debe procederse mes por mes”.

III-. RECURSO DE CASACIÓN.-

Inconforme con el fallo anterior, la parte demandada COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. COLFONDOS interpuso recurso extraordinario, el cual concedido por el Tribunal y admitido por esta Sala, se procede a resolver previo estudio de la demanda de casación y su réplica.

Pretende la censura en forma principal, la casación parcial de la sentencia del Tribunal, en cuanto condenó únicamente a Colfondos al pago de la pensión de sobrevivientes deprecada. En sede de instancia pidió *“se revoque la sentencia del juzgado en cuanto condenó únicamente a ... Colfondos S.A. a reconocerle y pagarle a la demandante, por concepto retroactivo de la pensión de sobrevivientes reclamada, la suma de \$20'093.840.00; en cuanto dispuso que el fondo de pensiones continuará pagándole a la accionante la suma de \$408.000.00 desde el 25 de enero de 2006 en forma vitalicia; en cuanto lo condenó a pagar la suma de \$7'755.167.87 por concepto de indexación; para que en su lugar se exonere de ellas a mi representada, y se condene por las mismas a la llamada en garantía Colseguros S.A. ...”.*

En subsidio, pidió la casación parcial del fallo del Tribunal, en cuanto condenó al pago de la indexación de las mesadas pensionales adeudadas. En sede de instancia solicitó se revoque el fallo del Juzgado en cuanto condenó por ese concepto y se absuelva de él a Colfondos.

Para tal efecto formuló cuatro cargos, así:

CARGO PRIMERO.-Acusa la sentencia de violar por vía indirecta, *“por aplicación indebida de los artículos 12, 13, 14, 21, 35, 36, 46, 47, 48, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993; 1036 a 1082 del código de comercio; 16 de la ley 446 de 1998; 8 de la ley 153 de 1887; 19 del C.S.T.; 66 A y 145 del CPL y SS; 57, 177 y 307 del C.P.C.; 48 y 53 de la Constitución Política ...”.*

Como errores de hecho manifiestos señala:

“1. Dar por demostrado, sin estarlo, que por no haberse aportado al proceso el contrato celebrado entre la administradora Colfondos s.a. y la aseguradora Colseguros s.a., se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido COLSEGUROS S.A.

“2. No dar por demostrado, estándolo, que Colfondos S.A. tiene contratada con la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. una póliza previsional para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados, póliza distinguida por el número 0209000001, la cual estuvo vigente hasta el 31 de diciembre de 2000”.

Cita como pruebas erróneamente apreciadas el llamamiento en garantía de Colfondos S.A. a Colseguros S.A. (fl. 48) y la contestación al mismo (fl. 88). Se refiere a la póliza previsional distinguida con el número 0209000001, tomada por Colfondos para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de los afiliados de Colfondos como pasada por alto en el fallo.

También dice que el Tribunal estimó con error los hechos del llamamiento a la garante y la respuesta de ésta.

En el desarrollo de la acusación asevera el censor que *“es innegable la aceptación paladina de la llamada en garantía, que infortunadamente no dedujo el juzgador de la alzada, en el sentido de que el contrato entre las personas jurídicas citadas, y más específicamente la póliza previsional respectiva, amparaba el financiamiento y pago de las pensiones de sobrevivientes y de invalidez de los afiliados a Colseguros S.A., por lo que es equivocado concluir, como lo hizo el ad quem, que se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido aquella; y por tanto el mencionado aserto del fallo resulta francamente disparatado y totalmente contrario de lo que fehacientemente acredita la respuesta al llamamiento en garantía ...”.*

CARGO SEGUNDO.-Acusa la sentencia por vía directa *“por infracción directa los artículos 2, 60, 77, 99 y 108 de la ley 100 de 1993, 48 de la Constitución Política, lo que condujo a la aplicación indebida de los artículos 13, 14, 46, 48, 73 y 74 de la ley 100 de 1993, 1036 a 1082 del código de comercio; 16 de la ley 446 de 1998; 8 de la ley 153 de 1887; 19 del C.S.T.; 66 A y 145 del CPL. 177 y 305 del C.P.C.”.*

Para los efectos del ataque acepta el casacionista que no aparece en el proceso el contrato celebrado entre la Aseguradora Colseguros S.A. y Colfondos; *“pero ello no es óbice para que aquella deba responder por las obligaciones derivadas del financiamiento y pago de la pensión de sobrevivientes reclamada en este proceso, por cuanto tal deber emana directamente de la ley”.*

Señala que el Tribunal incurrió en la infracción directa que se le imputa, *“al no tener en cuenta que de acuerdo con el literal a) del artículo 60 de la ley 100 de 1993 los afiliados al régimen de ahorro individual tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes, y su cuantía depende de los aportes de los afiliados y empleadores, sus rendimientos financieros, y de los subsidios del Estado, cuando a ello hubiere lugar. También dejó de aplicar el literal b) de la norma en cita, porque prescribe que una parte de los aportes a que se refiere el literal a), se capitalizará en la cuenta*

individual de ahorro pensional de cada afiliado. Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del régimen”.

Luego de transcribir el artículo 77 de la Ley 100 de 1993, sostiene el casacionista que el legislador previó “*una íntima relación entre el derecho a la pensión de sobrevivientes, y las fuentes de su financiación, así como el papel que deben desempeñar las entidades aseguradoras en el concierto del Sistema Integral de Seguridad Social en Pensiones. Esas normativas, inaplicadas por el Ad quem, ordenaron la participación de la aseguradora cuando en virtud de los seguros previsionales es llamada a responder por la ‘suma adicional faltante’ para completar el capital que financie el monto de la pensión, de suerte que la prestación de sobrevivientes de los afiliados se financia con dos rubros: (i) los dineros ahorrados en la respectiva cuenta individual y, (ii) la suma adicional a cargo de la aseguradora respecto del seguro previsional, aunado a que en desarrollo del principio de solidaridad consagrados en los artículos 48 de la carta política, 2° y 99 de la Ley 100 de 1993 se exige a las administradoras y aseguradoras constituir y mantener garantías para responder por el manejo adecuado de las inversiones representativas de los recursos administrados en desarrollo de los planes de capitalización de pensiones, ya que la solidaridad ampara al afiliado o sus beneficiarios, bien en su vejez o invalidez, en el evento que sus propios recursos sean insuficientes. En consecuencia, es obligación de la aseguradora asumir la obligación deprecada”.*

Finalmente sostiene que los seguros previsionales son obligatorios (artículo 108 de la Ley 100 de 1993) y cuando la ley dispone su forzosa contratación, destaca la calidad de entidades del sistema de seguridad social que tienen las compañías aseguradoras. Así mismo, los seguros previsionales se financian en forma directa con los recursos provenientes de los aportes pagados por los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones (aportes parafiscales), como lo dispone el inciso 3° del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 7° de la Ley 797 de 2003.

El cargo tercero es idéntico al anterior aunque en la modalidad de interpretación errónea.

La réplica presentada por la llamada en garantía Aseguradora de Vida Colseguros S.A., responde en forma conjunta los tres primeros cargos, y se orienta básicamente a demostrar la falta de competencia del Juez del Trabajo y Seguridad Social, para definir un conflicto jurídico que nace de la interpretación y aplicación de un contrato comercial de seguro de vida, en la teoría de responsabilidad objetiva y con la aplicación de normas civiles y comerciales. Agrega que la especialidad laboral y de seguridad social no es la llamada a resolver los conflictos entre las entidades administradoras o prestadoras de los derechos a su cargo, entre ellas en su posición empresarial con sus obligaciones recíprocas, ni la intervención de terceros mediante la integración de litis consorcio, mediante el llamamiento en garantía a quien debe reembolsar total o parcialmente el resultado de la sentencia.

La parte demandante opositora frente a estos tres cargos aseveró que la jurisdicción laboral no es la competente para definir una situación emanada de una

relación netamente comercial, entre administradora y aseguradora, situación a la que es totalmente ajeno el afiliado, que ante ellas es un tercero.

IV.-CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La Corte procederá al estudio conjunto de los tres primeros cargos elevados contra la sentencia del Tribunal, en atención a que denuncian como infringido el mismo elenco normativo, se sustentan en forma similar y persiguen idéntico objetivo.

El ataque en casación se centra en la violación a las normas que regulan el derecho previsional que impone la Ley 100 de 1993 a los afiliados del régimen de ahorro individual, con el fin de integrar el capital necesario para financiar las pensiones de invalidez o de sobrevivientes, cuando lo acumulado en las cuentas individuales no sea suficiente.

En el *sub lite* la Administradora de pensiones a quien se le demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al contestar la demanda llamó en garantía a su entidad aseguradora, y ésta al comparecer al proceso aceptó tal condición, admitió la existencia del vínculo de aseguramiento, en los términos de la “Póliza de Seguros Previsionales de Invalidez y Supervivencia” (sic), aportado por la Administradora de pensiones en su contestación de la demanda.

El *Ad quem* absuelve a COLSEGUROS por entender que “se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido” la entidad Aseguradora.

Tal desconocimiento es un yerro del Tribunal. Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993.

Por las razones anteriores, los cargos prosperan y el fallo gravado será parcialmente casado, en cuanto confirmó la absolución a la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. dispuesta por el Juzgado.

Como no salen avante los cargos con el alcance pretendido por el recurrente de que se absuelva a COLFONDOS S.A., hay lugar al estudio del cargo cuarto.

CARGO CUARTO.-Acusa la sentencia por la vía directa “*por aplicación indebida los artículos 16 de la ley 446 de 1998; 8 de la ley 153 de 1887; 19 del C.S.T.; 307 del C.P.C.; 53 de la Constitución Política; 12, 13, 14, 21, 35, 36, 46, 47, 48, 73 y 74 de la Ley 100 de 1993”.*

En la sustentación asevera el recurrente que el Tribunal condenó dos veces por la misma causa, “*toda vez que la indexación en materia laboral no ha sido admitida con*

carácter general y su procedencia está reducida a eventos excepcionales, especialmente en aquellos temas en que la ley no ha previsto un mecanismo de revalorización o de intereses moratorios.

“En el caso de mesadas pensionales adeudadas, la indexación es improcedente porque (i) la ley no consagra ese derecho cuando el monto de ellas se ha elevado automáticamente hasta el salario mínimo legal, (ii) lo que está previsto expresamente en los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, es el mecanismo de reajuste respecto del Ingreso Base de liquidación pensional y (iii) a partir de la vigencia de dicha normativa, lo que contempla el legislador son los intereses moratorios en caso de retardo de la entidad obligada al pago de la pensión correspondiente, pero ello no fue materia de inconformidad por la parte accionante”.

El opositor Colseguros S.A. asevera que este cargo le es ajeno, pues su deber en desarrollo del contrato de seguro, *“es determinar si se hace necesario acudir a la póliza de seguro de personas para completar el capital necesario que financie el monto de la pensión ..., sin que sea partícipe de sanciones por mora del obligado a reconocer la pensión de sobreviviente o invalidez ...y siempre hasta el valor de la suma asegurada, manifestaciones positivas que no demostró el actor del llamamiento en garantía”.*

La parte accionante replica este cargo, argumentado que el Tribunal para acceder a la indexación, aplicó principios de equidad y justicia, sin que se haya presentado doble condena por la misma causa. Señala además que *“La administradora del fondo de pensiones está obligada a pagar las mesadas pensionales y anualmente hacer los incrementos del ley. Pero si no paga oportunamente las mesadas, esta suma debe ser actualizada, aplicando en este caso la indización o corrección monetaria”.*

V.-CONSIDERACIONES DE LA CORTE.-

La mora en el pago de las pensiones de la Ley 100 de 1993 tiene regulación específica en el artículo 141 de dicha normatividad, según la cual una vez establecida se ha de reconocer en los términos de ese artículo.

Sin embargo ello no se opone a entrar a considerar la indexación si, como en el *sub lite*, la demandada administradora de pensiones fue absuelta de lo que en la demanda se llamó *indemnización moratoria*, y en todo caso, no lo fue por los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Se ha de precisar que la indexación de la que aquí se trata es la que procede de manera general por mora en el pago de una prestación de la seguridad social, y no como lo pretende hacer ver el censor la de la primera mesada pensional, a la que corresponde toda la elaboración invocada en el sentido de ser de carácter excepcional y dispuesta por el legislador.

Por lo dicho el cargo no prospera.

Como consideraciones de instancia, se ha de señalar que el seguro previsional de invalidez y sobrevivientes es para el colectivo de afiliados a una Administradora de Pensiones, la que actúa como tomadora por cuenta de éstos; el amparo de la póliza se

extiende de manera automática al afiliado con la afiliación a la administradora de pensiones.

El objeto del aseguramiento es definido por la ley, y como imperativo que es, se reproduce en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, y consiste en garantizar la existencia de capital suficiente para financiar la pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa a favor del afiliado o de sus beneficiarios, esto es del valor actual de la pensión de referencia respectiva, integrándolo con la suma adicional que le falta al acumulado por aportes obligatorios y bono pensional si lo hubiere, en la cuenta de ahorro individual.

La pensión de invalidez o de sobrevivientes que se causa es la que genera el derecho al amparo del seguro.

En este marco basta con la regulación legal-artículo 108 de la Ley 100 de 1993-y la reglamentaria-artículos 15 y 18 del Decreto 1161 de 1994-, para definir el contenido de la obligación de aseguramiento respecto al afiliado; con esto se advierte además que la relación de aseguramiento previsional es de carácter reglamentario, como corresponde a las relaciones de la seguridad social.

De esta manera el objeto del aseguramiento es el definido en el artículo 77 *de la Ley 100 de 1993*, en los términos de garantizar *la suma adicional que sea necesaria completar el capital que financie el monto de la pensión* de sobrevivientes, al mismo que remite la póliza visible a folio 57.

Lo anterior sin perjuicio de entender que algunos aspectos de la relación de aseguramiento quedan definidos en la Póliza de Aseguramiento de la pensión de Invalidez y Sobrevivientes, como el de la existencia, o la vigencia de la misma, la que en el *sub lite*, estaba por fuera del debate probatorio, por haber sido admitidas por la entidad aseguradora llamada en garantía.

En la contestación de la demanda la Aseguradora interpuso la excepción de ausencia de solidaridad que no ha de tener prosperidad si ésta no es el fundamento de la condena, pues no se trata de asumir la obligación que está en cabeza de un tercero, sino de la suya propia, como es la de aportar una suma adicional para integrar el capital constitutivo de la pensión de sobrevivientes.

Si bien la Aseguradora fue llamada en garantía por la Administradora de pensiones,-aspecto pacíficamente admitido por las demandas-lo fue en razón a la obligación especial que el Decreto 656 de 1994, le impone a éstas de gestionar los recursos a que tuviere derecho el afiliado y que se requieren para cubrir la obligación pensional causada, so pena de empezar a pagarlas a su cargo. Dice el inciso segundo del artículo 21 del Capítulo Obligaciones Especiales, del Decreto 656 de 1994, el que contiene el régimen jurídico y financiero de las Administradoras de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual.

“Del mismo modo, cuando no existan recursos suficientes para atender el pago de una pensión por falta de presentación oportuna de las solicitudes de pago de bonos pensionales, de las solicitudes de pago de las garantías mínimas estatales o de las solicitudes de pago de las diferencias a cargo de las compañías aseguradoras, por razones imputables a las administradoras, éstas deberán reconocer a los respectivos pensionados pensiones provisionales, con cargo a sus propios recursos”.

De igual manera la Aseguradora llamada en garantía interpuso la excepción de prescripción, invocando los términos previstos en la legislación laboral, la cual tampoco ha de prosperar, por cuanto la naturaleza de los seguros previsionales ha de guardar consonancia con las prestaciones para las que éstos fueron instituidos; el seguro previsional por invalidez y sobrevivientes, tiene por hecho generador la causación de la correspondiente pensión, cuando satisfechos los requisitos legales, sea reconocido el derecho por la Administradora de Pensiones o por decisión judicial. Y la reclamación de declaración de existencia del derecho no tiene término de prescripción como lo enseña inveterada jurisprudencia de la Corte; de manera que si el establecimiento del hecho que genera el derecho al amparo de seguro no prescribe, éste tampoco prescribe.

A su vez, se desatiende la pretensión de considerar los seguros previsionales como una categoría de seguros comerciales para efectos de la aplicación de las reglas de la prescripción del Código de Comercio.

A la anterior conclusión se llega bajo la consideración de que los seguros de que aquí se trata aunque si bien son gestionados por entidades cuya regulación está sujeta al Estatuto Financiero, su función la desarrollan dentro de la seguridad social, que nuestra Constitución Política caracteriza como de servicio público. Este encuadramiento es suficiente de por sí para tener los seguros previsionales bajo una categoría especial, que los sustrae de aquellas regulaciones comerciales que no los hagan compatibles con el sistema pensional, como en el *sub lite* lo sería, si los términos y las condiciones para determinar la causación del riesgo protegido debiera sujetarse a las reglas que gobiernan la causación y los términos de notificación del siniestro del Código de Comercio, para efecto de la prescripción.

La condena que se le ha de imponer a la Aseguradora llamada en garantía es la de cubrir la suma adicional, que agregada a la acumulada en la cuenta de ahorros individuales por aportes obligatorios y de eventuales bonos pensionales, la cual no excede el objeto del amparo definido por la Ley, razón por la cual, tampoco obra la excepción interpuesta llamada de límite de responsabilidad.

De esta manera con la condena a la Aseguradora a integrar el capital para el pago de la pensión deprecada, se consolida el derecho de la demandante y por tanto la obligación a que fue condenada Colfondos que permaneció intangible en casación.

Lo anterior es suficiente para revocar el fallo de primer grado en cuanto absolvió a la aseguradora, y disponer la condena de la entidad aseguradora llamada en garantía en este proceso, sociedad ASEGURADORA COLSEGUROS S.A., en los términos señalados.

En instancia respecto de la condena a indexación, se ha de entender que ésta se impone a la Administradora de Pensiones, y a cargo de su patrimonio; no cobija a la Aseguradora puesto que ella no ampara a ésta ni a los riesgos por su operación.

Sin costas en el recurso extraordinario dada su prosperidad para el. Costas de las instancias en un 50% a cargo de la entidad demandada y el otro 50% a cargo de la llamada en garantía.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia de quince (15) de junio de dos mil seis (2006) proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso seguido por **MARIA NELLY RUA CADAVID** contra la **COMPAÑÍA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A., COLFONDOS**, y al cual fue llamada en garantía la sociedad **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, en cuanto confirmó la absolución dispuesta por el Juzgado en favor de esta última. No la casa en lo demás. En sede de instancia **REVOCA** el numeral 6° del fallo del veinticuatro (24) de enero de dos mil seis (2006) del Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, para **condenar** a la sociedad **ASEGURADORA COLSEGUROS S.A.**, a pagar a **COLFONDOS** con destino a la cuenta de ahorro individual del afiliado **Héctor de Jesús Macías Rúa**, la suma adicional que sea necesaria completar el capital que financie el monto de la pensión de sobrevivientes de la beneficiaria María Nelly Rúa Cadavid, de conformidad con lo indicado por la Corte en sede de instancia.

Costas como se indicó en la parte motiva.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase el expediente al Tribunal de origen.

EDUARDO LÓPEZ VILLEGAS

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN

GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GÓMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEGO

ISAURA VARGAS DÍAZ

MARÍA ISMENA GARCÍA MENDOZA
SECRETARIA

**5. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.
Expediente 31.214. Sentencia (21, noviembre, 2007). M.P. Luis Javier
Osorio López.**

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

SALA DE CASACIÓN LABORAL

DR. LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ
Magistrado Ponente

Radicación N° 31214
Acta N° 83

Bogotá D.C., veintiuno (21) de noviembre de dos mil siete (2007).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la **COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A.-COLFONDOS-**, contra la sentencia del 5 de octubre de 2006, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en el proceso ordinario laboral adelantado por **MARIA MELVA LOPEZ SANCHEZ** contra la sociedad recurrente, el **MUNICIPIO DE PEREIRA**, y la llamada en garantía **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A..**

I. ANTECEDENTES

La citada accionante demandó a la **COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A.-COLFONDOS-**, y al **MUNICIPIO DE PEREIRA**, procurando se le declarara como beneficiaria de la pensión de sobrevivientes de su hijo fallecido "**JOHN GREGORY DIAZ LOPEZ y/o JHON JAIRO CORTES LOPEZ**", quien se encontraba afiliado al sistema general de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por COLFONDOS, y como consecuencia de ello, se le condenara a reconocer y cancelar dicha pensión, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley sobre las mesadas atrasadas conforme lo dispuesto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, más el auxilio funerario previsto en el artículo 86 de la citada ley, y a las costas.

Como fundamento de las pretensiones, esgrimió en resumen que su hijo "**JOHN GREGORY DIAZ LOPEZ y/o JHON JAIRO CORTES LOPEZ**", quien fuera trabajador dependiente y afiliado al sistema de pensiones del régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la demandada COLFONDOS S.A., falleció el 28 de marzo de 1998; que dicho señor en vida tenía dos identidades por haber sido registrado en más de una oportunidad y en Notarias diferentes, ostentando una doble cedula, respecto

de lo cual la Registraduría Nacional del Estado Civil le canceló la cédula donde figuraba como Jhon Gregory Díaz López, dejando vigente sólo la otorgada a Jhon Jairo Cortés López, situación que también se aclaró por parte de Colfondos en el curso del trámite administrativo que se adelantó en relación a la pensión de sobrevivientes; que por depender económicamente del causante, reclamó la pensión en comento y el mencionado fondo de pensiones negó la prestación mediante oficio DCI-P-E-6543-02 del 28 de noviembre de 2002, bajo el argumento de que el asegurado no estaba cotizando para la data del deceso, y por ende no alcanzó aportes por 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la muerte, exigidas por el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, además que su último empleador el Municipio de Pereira se encontraba en mora; que también reclamó la pensión al referido ente territorial, que de igual manera la negó con los oficios Nos. 45 del 16 de marzo de 2005 y 61 del 25 de abril de 2005, aduciendo que el occiso no le prestó servicios; que no existe fundamento legal para la negativa de Colfondos, dado que el afiliado realizó las cotizaciones necesarias, sumado a que esa entidad de seguridad social cuenta con mecanismos de cobro legales para el recaudo de los aportes atrasados.

II. RESPUESTAS A LA DEMANDA

El convocado al proceso **MUNICIPIO DE PEREIRA**, al dar respuesta a la demanda, se opuso al éxito de las pretensiones; en cuanto a los hechos aceptó la mayoría de ellos, en especial la fecha de fallecimiento del señor John Jairo Cortés López, su afiliación a Colfondos, lo referente a la doble identidad, la condición de causahabiente de la actora, la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobrevivientes y la negativa de los entes accionados a reconocerla, aclarando que no es el Municipio el encargado de asumir el riesgo de pensión, por razón de que siempre cumplió con sus obligaciones en materia de seguridad social y si bien por un error se consignaron los aportes del causante al fondo Colmena, finalmente fueron trasladados a Colfondos, y del mismo modo dijo ser cierto que para el momento de la muerte, el asegurado sí se encontraba cotizando al sistema de pensiones del RAIS; y propuso las excepciones que denominó falta de legitimación por pasiva y error involuntario del Municipio de Pereira.

A su turno la demandada **COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A.-COLFONDOS-**, al dar contestación al libelo demandatorio, se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas; frente a los supuestos fácticos manifestó que unos no le constaban y que otros no eran ciertos; y formuló las excepciones de falta de causa para pedir, prescripción, buena fe de la entidad, y la innominada o genérica.

Como razones de defensa, adujo en síntesis que John Jairo Cortés López no se encontraba para el momento de la muerte cotizando al sistema general de pensiones, en virtud de que los aportes que realizó el empleador Municipio de Pereira de los últimos ciclos fueron extemporáneos, y al no poderse contabilizar los mismos, el afiliado no alcanzó a tener las 26 semanas en el año inmediatamente anterior al fallecimiento, siendo esa entidad territorial incumplida la que debe responder por la pensión solicitada por los beneficiarios del extinto trabajador, pudiendo optar la demandante por la devolución de saldos acumulados de la cuenta individual de ahorro pensional del asegurado.

En escrito separado COLFONDOS S.A. **llamó en garantía** a la **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.**, con el propósito que se le vincule a la litis y en el evento de que se profiera condena en contra del fondo de pensiones por la pensión de sobrevivientes solicitada, igualmente se le condene a esa compañía de seguros, a pagarle la suma adicional que resulte necesaria para financiar esa prestación, ello de acuerdo con la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001 expedida y renovada para el año de 1998, donde esa aseguradora esta obligada a otorgar cobertura automática a las personas afiliadas a Colfondos y a asegurar la cancelación *“de las sumas adicionales que sean necesarias para completar el capital que financie el monto de la pensión”*.

Aceptado por el Juez de conocimiento el llamamiento en garantía impetrado, y una vez notificada la citada compañía de seguros, ésta dio contestación y se opuso a lo pretendido por COLFONDOS S.A., aceptó la existencia de la póliza, así como su vigencia y cobertura, y propuso las excepciones que denominó prescripción, incumplimiento de las obligaciones contraídas por el tomador, amparo excluido de conformidad con el condicionado de la póliza, y mora en el pago de la prima.

Sirvieron como fundamento de los anteriores medios exceptivos y como razones de defensa, las alegaciones que se contraen a que el contrato de seguro está regulado en el Código de Comercio y por ende el tema de la prescripción ordinaria y extraordinaria de esta clase de actos está regulada por el artículo 1081, siendo el término prescriptivo de dos (2) años que corresponde a la ordinaria, el cual comienza a correr una vez el interesado haya tenido o debió tener conocimiento del hecho que da base a la acción, lo cual para el presente caso ocurrió el 28 de noviembre de 2002 cuando COLFONDOS niega la pensión de sobrevivientes a la demandante, que confrontada con la fecha del llamamiento en garantía que aconteció el 7 de septiembre de 2005, se observa que han transcurrido 2 años y 11 meses, superándose así el término indicado en la norma, y es por esto que de prosperar las pretensiones de la accionante no se podría impartir condena por el amparo contratado; que de otro lado el tomador o asegurado no cumplió con la obligación contractual de informar oportunamente a la entidad aseguradora, de la existencia de la reclamación de la actora, así Colfondos la hubiera objetado, dado que esa obligación no está supeditada a que prospere o no el pedimento; que el amparo asegurado está ligado a que el afiliado reúna los requisitos para acceder al derecho pensional, y si ello no sucede, como lo pone de presente la administradora de pensiones demandada, que sostiene que éste no alcanzó la densidad de semanas que como requisito la ley exige, tampoco procede condena contra la aseguradora; y que en virtud de que el pago de la prima por parte del fondo administrador de pensiones está sujeto a la cancelación de los aportes de los afiliados, en el evento de mora del empleador como aquí aconteció, conlleva necesariamente a la mora en el cubrimiento de la prima y la terminación automática del seguro *“pero únicamente con relación al caso concreto, es decir, con respecto al Municipio de Pereira y consecuentemente el caso de Jhon Jairo Cortes López”*.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La primera instancia fue finiquitada por el Juez Segundo Laboral del Circuito de Pereira, a través de la sentencia calendada 26 de julio de 2006, en la que condenó a COLFONDOS S.A., a reconocer y pagar a la actora la pensión de sobrevivientes por la

muerte de su hijo “JHON JAIRO CORTES LÓPEZ y/o JHON GREGORY DIAZ LÓPEZ”, a partir del 24 de mayo de 2002, en la cuantía que legalmente corresponda, junto con las mesadas adicionales a que haya lugar y sin perjuicio de los aumentos legales de futuro; así mismo condenó a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. que fue llamada en garantía, para que en virtud del otorgamiento de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001, vigente para la fecha del deceso del afiliado, efectúe la cancelación a COLFONDOS de la suma adicional que resulte necesaria para financiar la pensión de sobrevivencia, sin que su responsabilidad vaya más allá del valor asegurado; declaró probadas las excepciones de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 24 de mayo de 2002 y la de buena fe; absolvió al MUNICIPIO DE PEREIRA de todas las súplicas formuladas en su contra; e impuso las costas a COLFONDOS en un 50%.

IV. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, Sala Laboral, conoció del presente asunto por apelación de las partes, y con sentencia del 5 de octubre de 2006, confirmó la decisión de primer grado con las siguientes modificaciones y adiciones:

“1º) Al literal a) para condenar a la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A. al pago de los intereses a la tasa máxima de interés moratorio por las mesadas causadas y no pagadas desde el 24 de mayo de 2002.

2º) Al literal b) para revocarlo y en su lugar ABSOLVER a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. de las pretensiones que le ha formulado COLFONDOS S.A. al llamarla en garantía.

3º) Al literal c) para declarar probada también la excepción de PRESCRIPCION formulada por la Aseguradora de vida Colseguros S.A. sobre la garantía establecida en la póliza 0209000001.

4º) Al literal e) para condenar a COLFONDOS S.A. en costas de primera instancia en un 80% de su total.

Sin costas en esta instancia”.

Al efecto, el ad quem comenzó por estimar como acertada la orden impartida por el a quo de condenar a COLFONDOS S.A. a reconocer y pagar a la accionante la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de su hijo, y por otra parte consideró improcedente la súplica del auxilio funerario por no haberse acreditado en la litis lo que se hubiere cancelado por esos gastos.

Así mismo, el Tribunal en relación a los puntos que interesan al recurso de casación, esto es, lo que atañe al llamamiento en garantía de la ASEGURADORA COLSEGUROS S.A. y su respectiva absolución frente a la súplica que perseguía la cancelación al fondo de pensiones de la suma adicional para financiar la pensión concedida a la actora, con fundamento en la póliza colectiva de seguro previsional de

invalidez y sobrevivientes que se constituyó, y sobre la procedencia de los intereses moratorios a cargo de la demandada COLFONDOS, textualmente soportó la decisión en lo siguiente:

“(....) LLAMAMIENTO EN GARANTÍA

La inconformidad de la aseguradora Colseguros S.A. se funda en los elementos constitutivos de la prescripción propuesta.

El contrato de seguros objeto del llamamiento, si bien tiene una finalidad relacionada con la viabilidad financiera de una pensión, es decir, tiene como objeto incrementar un aporte no causado al sistema de seguridad social en pensiones, tiene sustrato jurídico en la legislación comercial, que es la que lo regula.

Conforme al artículo 1081 del Código de Comercio, <La prescripción de las acciones que se deriven del contrato de seguro o de las que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria.... La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción..... La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho... Estos términos no pueden ser modificados por las partes>.

Para el Juzgado fue clave el .hecho de que se presentara una tutela en donde, según el texto de la sentencia, <se declaró que quien debía asumir el pago de la pensión era el Municipio de Pereira, circunstancia que indefectiblemente aseguraba a la administradora de pensiones que no tenía presuntamente que responder por la pensión de sobreviviente, y por ende, no era su deber comunicar la reclamación a la aseguradora>.

Esta afirmación no es correcta, la lectura de los fallos que se produjeron con ocasión de la tutela (fl. 173 y ss) tanto en primera como en segunda instancia, no declararon lo que dijo la a quo, puesto que el sentido de las decisiones fue precisamente reivindicar el papel supletorio de esa acción, dirigiendo a la reclamante para que acudiera precisamente al camino procesal que aquí se surtió. Si ello hubiese sido así estaríamos ante una situación jurídica consolidada mediante el efecto de la cosa juzgada. Pero no, esa acción de tutela sólo fue una situación tangencial dentro de este largo camino de reclamaciones que ha recorrido la beneficiaria pensional demandante.

Dentro de las obligaciones del tomador de la póliza, en este caso COLFONDOS (fl. 237) encontramos las de: 13.2) <Proporcionar a la entidad aseguradora, de manera oportuna, toda la información necesaria que permita apreciar correctamente el riesgo, o que tenga relación directa en aspectos relevantes del presente contrato, en particular informarle sobre cualquier solicitud de pensión de sobrevivientes o de invalidez que le formulen a la sociedad administradora; 13.3 Informar a la entidad aseguradora la ocurrencia del siniestro y poner a disposición de la compañía los antecedentes que

acrediten dicho siniestro y permitan determinar su cuantía. ...13.4) Proporcionar a la entidad aseguradora, dentro de los tres (3) días hábiles siguientes, la información relativa a solicitudes de pensiones de sobrevivientes e invalidez que le formulen, junto con la información adicional que la aseguradora requiera>.

En el extenso y repetido material probatorio documental, no hallamos evidencias de que una vez realizada la reclamación prestacional por parte de la accionante a COLFONDOS, esta entidad hubiera realizado comunicación a su aseguradora dentro de los tres días siguientes a la presentación de la solicitud. De hecho, la objeción al reclamo (fl. 49) es la evidencia de que al menos al 28 de noviembre de 2002, COLFONDOS fue enterado del fallecimiento del señor Cortés y debió la administradora, sin importar si la respuesta era negativa o positiva, dar traslado del reclamo a su aseguradora, como se imponía la obligación contractual con ésta, procediendo a hacerlo sólo cuando en su contra se adelantó la reclamación judicial por la vía ordinaria, es decir, el día 7 de septiembre de 2005 que fue la fecha en que se profirió el auto de aceptación del llamamiento en garantía (fl. 213)

Como en este caso el interesado, esto es COLFONDOS, tuvo conocimiento del hecho que dio base a la reclamación (pensión de sobrevivientes) por lo menos el día 28 de noviembre de 2002 y según el contrato de seguros disponía de tres días para hacérselo saber a la Aseguradora de Vida Colseguros, la prescripción que se aplica es la ordinaria-no se olvide que se trata del interesado-de dos años, contados a partir del 1° de diciembre de 2002. Como la comunicación sobre el hecho que dio lugar a esta acción solo se dio a través del presente llamamiento en garantía (septiembre de 2005), los derechos derivados de las garantías establecidas en la póliza 0209000001 se encuentran prescritos.

(.....)

INTERESES MORATORIOS

Le asiste razón a la parte demandante al reclamar en su impugnación el pronunciamiento sobre los intereses moratorios que se han generado por la dilación de la que ha sido sujeta en este vía crucis para obtener su pensión de sobreviviente. En efecto, el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 lo establece, a la tasa máxima vigente de interés moratorio, cuando se presenta mora en el pago de las mesadas pensionales. Si el derecho a percibir las mesadas nació para la demandante el 24 de mayo de 2002, por efecto de la prescripción de mesadas causadas con anterioridad, es a partir de ahí que se han generado los intereses solicitados”.

V. RECURSO DE CASACIÓN

Lo interpuso la demandada COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A.-COLFONDOS-y con el mismo pretende conforme se lee en el alcance de la impugnación, que se CASE parcialmente la

sentencia del Tribunal, en cuanto *“al modificar y adicionar el fallo de primer grado, condenó a intereses moratorios a mi representada y en cuanto absolvió a la llamada en garantía declarando probada la excepción de prescripción por ella propuesta”*, y en sede de instancia la Corte confirme la decisión del a quo.

Con tal objeto invocó la causal primera de casación laboral contemplada en los artículos 87 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, 60 del Decreto 528 de 1964, y 7° de la Ley 16 de 1969, y formuló tres cargos que no fueron replicados, de los cuales se despacharán conjuntamente el primero y el segundo por estar orientados por igual vía, denunciar normas similares bajo una argumentación común y perseguir un mismo fin, cuál es demostrar que el contrato de seguros previsionales en el contexto del sistema integral de seguridad social, no se rige por las reglas de prescripción previstas en la legislación comercial para el contrato de seguros generales, para luego pasar al estudio del tercer ataque que atañe a los intereses moratorios.

VI. PRIMER CARGO

Acusó la sentencia impugnada por la vía **directa**, en las modalidades de **aplicación indebida** del artículo *“1081 del Código de Comercio, en relación con los artículos 46, 48 y 73 de la ley 100 de 1993”*, lo que condujo a la **infracción directa** de los artículos *“1, 2, 59, 60, 77 y 108 de la ley 100 de 1993; 7° de la Ley 797 de 2003 y 48 de la Constitución Política”*.

Para la demostración del cargo planteó la siguiente argumentación:

“(....) El Tribunal estimó que debía absolver a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., llamada en garantía. Para tal efecto consideró que la reclamación de la suma adicional, devenida de un contrato de seguros previsionales, está sujeta a las reglas de prescripción previstas en la legislación comercial para el contrato de seguros generales.

(....)

Como puede observarse, el fallador de segundo grado se limitó mecánicamente a la aplicación de las normas de prescripción del código de comercio que regulan los contratos de seguros tipificados en ese estatuto (no los de la ley 100), lo cual resultó determinante para la absolución de la aseguradora llamada en garantía.

Sin embargo, resulta que las normas de prescripción del contrato de seguros generales no son aplicables a la seguridad social integral y a las pensiones en particular y a esa inculcable conclusión se arriba tendiendo en cuenta (i) las características especiales que tipifican el contrato de seguros previsionales adoptado en el sistema integral de seguridad social y (ii) las reglas de especiales de prescripción contempladas en la legislación y jurisprudencia laboral.

EL CONTRATO DE SEGUROS PREVISIONALES EN EL CONTEXTO DEL SISTEMA INTEGRAL DE SEGURIDAD SOCIAL.

El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), administrado por los fondos privados, está basado en la capitalización individual de los afiliados a los fondos de pensiones, mediante la existencia de cuentas de ahorro individual en las que cada afiliado aporta durante su vida laboral para constituir el capital con el que se financiará su futura pensión.

Los riesgos objeto de cobertura por el sistema de pensiones en el RAIS se encuentran financiados bajo leyes y disposiciones financieras particulares, sólo prescritos por normas de seguridad social, uno de ellos, es lo atinente a la suma adicional para integrar el capital necesario que permita pagar la pensión de invalidez o sobrevivientes según el caso, ya que si el afiliado fallece o se invalida sin que haya logrado generar este capital con el fruto de su ahorro pensional, el seguro previsional a través de la suma adicional le completará lo que haga falta para el reconocimiento de su derecho.

Este valor asegurado se ha denominado <suma adicional> y corresponde a la diferencia entre el capital necesario para financiar el pago de una pensión, luego de descontar el saldo de la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes, sus rendimientos y el valor del bono pensional.

Es así como por expresa disposición legal, la financiación de las pensiones de invalidez y de sobrevivencia se completa con una suma adicional que deben cubrir aquellas compañías de seguros, con las cuales las administradoras del régimen de ahorro individual hubieran tomado la póliza de invalidez y de sobrevivencia por cuenta de sus afiliados (artículos 60, ordinal b, 70 y 77 de la Ley 100).

La Ley 100 dispuso, de modo general, que <El Sistema de Seguridad Social Integral comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro> (inciso segundo del artículo 1º; se subraya).

Dispuso igualmente que <El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título> (artículo 59; también se subraya).

*Así, la relación sustancial que determina que la aseguradora esté obligada al pago de la suma adicional, para financiar la pensión de sobrevivientes a la que fue condenada mi representada, proviene de un contrato que tiene su fuente normativa y su regulación en normas de seguridad social: el contrato de **seguros previsionales** que suscribieron COLFONDOS S.A. y ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A..*

La contratación de este seguro previsional no se efectúa como un acto volitivo de la compañía administradora de Fondo de Pensiones, sino por el contrario, por el imperio del sistema integral de seguridad social, que ordena la contratación del especial seguro, de manera que es una obligación del fondo de pensiones, dimanada de la propia ley 100 de 1993, concretamente en los artículos 60, 77 y 108, inaplicados por el Tribunal, los cuales establecen:

<ARTÍCULO 60. CARACTERÍSTICAS. El Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad tendrá las siguientes características:

(.....)

“b. Una parte de los aportes mencionados en el literal anterior, se capitalizará en la cuenta individual de ahorro pensional de cada afiliado. **Otra parte se destinará al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes** y la asesoría para la contratación de la renta vitalicia, financiar el Fondo de Solidaridad Pensional y cubrir el costo de administración del Régimen.

(.....)

“g. El Estado garantiza los ahorros del afiliado y el pago de las pensiones a que éste tenga derecho, cuando las entidades administradoras o aseguradoras incumplan sus obligaciones, en los términos de la presente ley, revirtiendo contra el patrimonio de las entidades administradoras y aplicando las sanciones pertinentes por incumplimiento, de acuerdo con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional....>.(*He resaltado y subrayado*).

<ARTÍCULO 77. FINANCIACIÓN DE LAS PENSIONES DE SOBREVIVIENTES.

“1. La pensión de sobrevivientes originada por la muerte del afiliado, se financiará con los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias, el bono pensional si a ello hubiere lugar, **y con la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión. Dicha suma adicional estará a cargo de la aseguradora.**

“El monto acumulado en las cuentas individuales de ahorro pensional, en razón de cotizaciones voluntarias, no integrará el capital para financiar las pensiones de sobrevivientes generadas por muerte de un afiliado, salvo cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de sobrevivientes. Dicho monto podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión. si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

“2.. Las pensiones de sobrevivientes causadas por la muerte de un pensionado, se financian con los recursos previstos para el pago de la pensión de vejez o invalidez, según el caso, que estuviese recibiendo el causante al momento de su fallecimiento.

“Cuando la pensión de sobrevivientes sea generada por muerte de un pensionado acogido a la modalidad de retiro programado o retiro programado con renta vitalicia diferida, el exceso del saldo de la cuenta individual de ahorro pensional sobre el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes, podrá utilizarse para incrementar el valor de la pensión, si el afiliado así lo hubiere estipulado o los beneficiarios lo acuerdan. En caso contrario hará parte la masa sucesoral del causante.

“PARÁGRAFO. Los sobrevivientes del afiliado podrán contratar la pensión de sobrevivientes con una aseguradora distinta de la que haya pagado la suma adicional a que se refiere el inciso primero de este artículo>. *(He resaltado y subrayado)*.

<ARTÍCULO 108. SEGUROS DE PARTICIPACIÓN. Los seguros que contraten las administradoras para efectuar los aportes adicionales necesarios para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes deberán ser colectivos y de participación.

“La contratación de dichos seguros deberá efectuarse utilizando procedimientos autorizados por la Superintendencia Bancaria que aseguren la libre concurrencia de oferentes.

“Así mismo, las aseguradoras que asuman cualquier tipo de rentas vitalicias adoptarán para ello la modalidad de seguros de participación en beneficio de los pensionados>. *(he resaltado y subrayado)*.

En consecuencia, los aportes de los seguros provisionales no provienen de comerciantes, sino de un sujeto de seguridad social, como es el afiliado al RAIS y por mandato de normas de esa estirpe son contratados por las AFPs con la respectiva aseguradora. Los seguros previsionales, entonces, son típicos del sistema integral de seguridad social en pensiones, no fluyen de normas mercantiles, sino de las sociales trascritas y están identificados por las siguientes características genéticas:

*-El **riesgo amparado** en el seguro previsional es la <suma adicional> como componente económico y dinerario de las pensiones de invalidez o sobrevivientes.*

-Los seguros previsionales se suscriben en el marco específico de la ley 100 de 1993, pues la cobertura, alcance y demás condiciones del mismo están expresamente limitados por los artículos 70 y 77 de la ley 100 de 1993 para las pensiones de invalidez y sobrevivientes respectivamente.

-El literal g) del artículo 60 de la ley 100 citada, aclara que la obligación de pago de la suma adicional del seguro previsional tiene su origen en el propio sistema de seguridad social. Es tal la naturaleza proteccionista del seguro previsional que la misma ley determina que en la eventualidad de toma de posesión de una asegurada y cuando el valor de la suma asegurada, junto con los demás recursos, no resulte suficiente, la Nación debe garantizar el

pago de las sumas adicionales para el pago de la pensión (artículo 9 del decreto 1515 de 1998). El seguro está destinado en consecuencia y de manera puntual al financiamiento del pago de pensiones (sobrevivientes-invalidez), a través de la <suma adicional>.

-Los seguros previsionales son obligatorios (artículo 108 de la 100 de 1993), y cuando la misma Ley de seguridad social dispone su forzosa contratación, destaca la calidad de entidades del sistema de seguridad social que tienen las compañías aseguradoras, como puede desprenderse de la ubicación del citado artículo 108 del dentro Capítulo VIII, Título III, Libro I de la Ley 100 de 1993 referente a <ADMINISTRADORES DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD>.

-Los seguros previsionales se financian en forma directa con los recursos provenientes de los aportes pagados por los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones (aportes parafiscales), conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003, que dispone que en forma obligatoria el 3% de la cotización efectuada por los afiliados se debe destinar al pago de la primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes.

-Presentada la contingencia (invalidez o muerte), y siendo insuficiente el monto de la cuenta individual para el pago de la respectiva pensión, la obligación de la aseguradora, en virtud del seguro previsional, es pagar a la administradora de fondos de pensiones la suma adicional que complete el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes o invalidez según el caso.

LAS REGLAS SOBRE PRESCRIPCIÓN DE PENSIONES

Partiendo del método deductivo de análisis, debe partirse recordando que la Constitución de 1991 significó un importante hito para la constitucionalización de la seguridad social en nuestro medio, siendo el artículo 48 la primordial fuente normativa sobre la materia, en el marco del Estado Social de Derecho.

*La Constitución otorga a la seguridad social una doble naturaleza jurídica: como servicio público y como **derecho irrenunciable de los asociados**.*

Conforme al artículo 48 de la Constitución Política, se encuentra que para asegurar que la seguridad social cumpla sus cometidos, este servicio público <se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley> (inciso primero). Se previó la participación de los particulares en la prestación de los servicios propios de la seguridad social, pero solo en los términos que hubieran de definirse en la ley (inciso cuarto). En aras de proteger la integridad financiera del sistema, se dispuso: <No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la seguridad social para fines diferentes a ella> (inciso quinto).

*Consecuencia necesaria de los principios y normas constitucionales y legales de la seguridad social es que su régimen jurídico **es propio, especial y preponderante.***

En el contexto de la seguridad social en general y en el de las pensiones en particular, se ha adocinado el principio de derecho según el cual el derecho a la pensión, por ser de carácter irrenunciable y vitalicio es imprescriptible. Así lo han sentado desde siempre con suficiencia y autoridad y de manera unívoca las más altas corporaciones de la jurisdicción en el país”.

Copió lo sostenido en relación a la imprescriptibilidad del derecho pensional, tanto por la Corte Suprema de Justicia-Sala de Casación Laboral, en sentencias del 5 de agosto de 1988, 7 de mayo de 1992 y 7 de julio de 2005, radicados 1213, 4907 y 25344, respectivamente, como por la Corte Constitucional en los fallos C-230 de 1998, C-198 de 1999 y C-624 de 2003, y el Consejo de Estado en decisiones que datan del 2 de marzo de 2000 y 21 de agosto de 2003-Sección Segunda, Subsección “B”, y la del 7 de marzo de 2002 Sección Segunda, Subsección “A”, y prosiguió diciendo:

“(.....) Como se observa la unanimidad de criterios en las más altas corporaciones judiciales del país, no dejan duda alguna respecto de la certeza en la existencia y aplicación en el derecho colombiano de la imprescriptibilidad del derecho pensional.

En este contexto es claro que la aplicación de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio a la póliza previsional de seguridad social enerva o deja sin efecto el pago de la prima efectuado por los afiliados al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Carecería de lógica financiera un sistema según el cual los afiliados pueden, sin posibilidad de prescripción, reclamar a la administradora de fondos de pensiones la pensión, mientras que ésta a su turno está sujeta a las reglas de la prescripción del artículo 1081 del Código de Comercio.

*Por ello siempre se ha aceptado como postulado elemental de un sistema de seguridad social, la necesidad de la **SOSTENIBILIDAD FINANCIERA** del mismo.*

*En consecuencia, cuando una compañía de seguros expide una póliza de seguro previsional, para financiar una pensión de invalidez o sobrevivientes con la suma adicional para completar el monto de dichas pensiones (artículos 60, ordinal b, 70 y 77 de la Ley 100, ya citados) **se somete al régimen especial propio, y preponderante de la seguridad social y no a ningún otro como lo hizo el tribunal al aplicar indebidamente las normas propias del seguro del comercio para las del seguro previsional de la seguridad social.***

El anterior aserto no es más que un corolario lógico de la naturaleza jurídica de <servicio público> y <derecho irrenunciable> de la seguridad social, anteriormente aludidos.

*De acuerdo con lo expuesto, es claro **que el seguro previsional no es un seguro mercantil ordinario, sino una institución típica y exclusiva del sistema de seguridad social integral**, que sirve de instrumento para el reconocimiento y pago de las pensiones. Desde esta perspectiva **las obligaciones de la aseguradora están imbricadas inexorablemente al derecho pensional, son consustanciales e inescindibles, y por ende, adquieren la calidad de imprescriptibilidad**, dado que sin la suma adicional que les corresponde aportar, el derecho deviene inane o por lo menos insuficiente para la financiación adecuada de pensiones de invalidez y sobrevivencia, a pesar de que se han cumplido los requisitos de ley y propiciaría un enriquecimiento sin causa para quien recibió las primas y no pagó el siniestro.*

No puede tener respaldo jurídico la entremezcla de estatutos (seguridad social y comercial) a la que fatalmente conlleva la aplicación del artículo 1081 del C. Ccio., que hizo el tribunal incorrectamente a las reglas de la pensión de sobrevivientes, cuando las dos ramas del derecho responden a principios, finalidades y sujetos tan diversos como los que se encuentran en la seguridad social y en las reglas propias del comercio de bienes.

Es importante tener en cuenta adicionalmente que la imprescriptibilidad de los guarismos necesarios para financiar las pensiones no es novedoso y tiene asidero en importantes precedentes de la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia...”.

Reprodujo lo dicho por esta Sala de la Corte en sentencia de 7 de diciembre de 2006, radicación 23216, en cuanto a que los bonos pensionales constituyen un derecho imprescriptible en si mismo, y continuó aseverando:

“(.....) De modo que siendo comunes en su naturaleza, <bono pensional> y <suma adicional>, en tanto instituciones financieras de la seguridad social determinadas legalmente como componentes esenciales para financiar pensiones, y habiéndose predicado jurisprudencialmente la imprescriptibilidad del bono pensional, igual suerte corre con la suma adicional porque donde existe la misma situación de hecho, existe la misma razón de derecho como una de las manifestaciones más prístinas del derecho a la igualdad.

Por la vía de aplicar las reglas prescriptivas típicas de los contratos de seguros generales, el tribunal redujo el amplio espectro de la seguridad social reconocido por la Corte Suprema y llegó a hacer nugatorios los efectos de la póliza de seguros previsionales legalmente contratada, circunstancia que tuvo plena incidencia en la aplicación del derecho sustancial en el caso litigado ya que implicó que la aseguradora, en el

concierto de sus obligaciones del sistema integral de seguridad social en pensiones, no responda por las contraídas por causa del seguro previsional, y por ello se impone la casación de la sentencia para que, en sede de instancia se condene a la entidad llamada en garantía al pago de la respectiva suma adicional, para financiar la pensión de sobrevivientes tras el fallecimiento del señor Cortés López.

El tribunal entendió bien el papel de la aseguradora y su obligación del pago de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez del señor Cortés López, pero aplicó indebidamente las normas del código de comercio lo que lo condujo a absolver a la llamada en garantía.

Si el Tribunal hubiera no hubiere aplicado indebidamente el artículo 1081 del C. Comercio, hubiera concluido que las reglas de prescripción en asuntos pensionales son típicas y especiales de la seguridad social, acorde con las normas que gobiernan el seguro previsional y sus efectos, y de igual modo habría concluido que el derecho pensional es imprescriptible y ello evidentemente incluye los medios de financiación de la pensión condenando a la llamada en garantía de la manera como lo hizo el juez de primera instancia.

Al margen del cargo, que por lo visto considero debe prosperar, téngase presente que la máxima entidad de control de las sociedades aseguradoras y del sistema financiero, como es la Superintendencia Financiera, por vía de doctrina, sentó categóricamente la tesis de la imprescriptibilidad de la reclamación de la suma adicional, tal como se puso de presente en este litigio en la sustentación del recurso de apelación de COLFONDOS, con la alusión al concepto de 19 de diciembre de 2005, en el que la entidad de control manifestó que el artículo de 1081 del Código de Comercio no es aplicable a la póliza de seguro previsional:

*<Ahora bien, considerando- como se explico- que la suma adicional a cargo de la aseguradora constituye un componente necesario para financiar la pensión, **debe subrayarse que la naturaleza no extintiva del derecho a su reconocimiento, se contrapone a la aplicación de un fenómeno como la prescripción de acciones del contrato de seguro.** En efecto, si tenemos en cuenta que la prescripción operaría por el simple hecho de que durante cierto lapso de tiempo no se hubieren ejercitado tales acciones, los efectos de su aplicación se revierten directa e inevitablemente sobre el derecho a la pensión, el cual por el contrario tiene carácter imprescriptible en observancia de los mandatos de orden constitucional consagrados en los artículos 48 y 53 de nuestra Carta Fundamental que expresamente disponen que es un derecho irrenunciable y obligan a su pago oportuno, respectivamente.*

“En otras palabras, esa contraposición entre la naturaleza inextinguible del derecho a la pensión y la institución de la prescripción de acciones del

contrato comercial de seguro, jurídicamente debe resolverse dándole prevalencia al derecho de superior jerarquía, que en este caso es el derecho al reconocimiento y pago de la pensión, como expresión directa del derecho constitucional a la seguridad social.

“Definida la naturaleza jurídica especial que revisten los seguros previsionales, cuyas características los hacen diferentes del seguro tradicional, en criterio de esta dirección **a los mismos no les resultan aplicables en su integridad las normas del derecho privado contenidas en el código de comercio que regulan los seguros privados; es el caso de la prescripción de acciones contenida en su artículo 1081, cuya aplicación haría nugatorio el derecho a la pensión que es de carácter imprescriptible y quebrantaría el mecanismo para el pago de pensiones que el estado garantiza a través de la regulación examinada, en cumplimiento de los mandatos de orden constitucional antes citados**>. (Negrilla fuera del texto)”.

VII. SEGUNDO CARGO

Atacó la sentencia acusada por la vía **directa**, en el concepto de **interpretación errónea** del artículo *“1081 del Código de Comercio, en relación con los artículos 1, 2, 59, 60, 77, 108, 46, 48 y 73 de la Ley 100 de 1993, 7º de la Ley 797 de 2003 y 48 de la Constitución Política”*.

Para la sustentación repitió la misma argumentación esbozada en el cargo anterior, aunque haciendo énfasis al equivocado entendimiento de las normas denunciadas.

VIII. SE CONSIDERA

Como se puede observar, el aspecto puntual que objeta el recurrente para sustentar la acusación contenida en estos dos primeros cargos, se circunscribe a la normatividad con la que el fallador de alzada dirimió la controversia, en el punto referente a la prescripción de los derechos derivados de la póliza de seguro de invalidez y sobrevivientes que contratan las sociedades que administran fondos de pensiones, donde la entidad aseguradora deberá otorgar cobertura automática a las personas afiliadas a la administradora y asegurar el pago de las sumas adicionales que sean necesarias para completar el capital que financie el monto de la pensión, originadas ya sea en una invalidez o en la muerte, ello cuando lo acumulado en la cuenta individual del afiliado al régimen de ahorro individual sea insuficiente para la cancelación de la correspondiente prestación.

De acuerdo a la parte motiva de la decisión impugnada, para el Tribunal **están prescritos** los derechos emanados de la póliza 0209000001, en la que aparece como tomador el fondo de pensiones demandado, como asegurado los afiliados a esa administradora, y como compañía aseguradora la llamada en garantía.

Lo anterior por razón de que COLFONDOS S.A. teniendo tres (3) días para informar a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. de la solicitud de pensión de sobrevivientes elevada por la demandante, conforme a lo estipulado en el contrato de seguro celebrado, no cumplió con esa exigencia y guardó silencio de tal reclamación de la cual había tenido conocimiento al menos desde el 28 de noviembre de 2002 cuando objetó ese pedimento, dejando transcurrir más de dos (2) años entre el 1° de diciembre de 2002 y la fecha en que llamó en garantía a Colseguros que lo fue el 7 de septiembre de 2005, operando así el fenómeno jurídico de la prescripción ordinaria aplicable a las acciones del contrato de seguro, y que se encuentra regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio.

Por el contrario para la censura esos derechos **son imprescriptibles**, toda vez que la norma mercantil relativa a la prescripción del contrato de seguros generales (artículo 1081 del C. del Co.), en su sentir no le es aplicable al contrato de seguros previsionales adoptado por el Sistema Integral de Seguridad Social, por lo siguiente:

1° Que el seguro previsional no es un seguro mercantil ordinario, sino una institución típica y exclusiva del sistema de seguridad social integral para el reconocimiento y pago de pensiones; como primera medida porque la contratación del seguro previsional no se efectúa como un acto volitivo de la administradora de fondo de pensiones, sino por el imperio de la ley de seguridad social que ordena la contratación de ese especial seguro, de manera que es una obligación de COLFONDOS dimanada de la propia Ley 100 de 1993, concretamente de sus artículos 60, 77 y 108 inaplicados por el Tribunal; y en segundo lugar, que los aportes de dichos seguros previsionales provienen de un sujeto de la seguridad social como lo es el afiliado al RAIS, y por mandato de normas de esa estirpe son contratados por las AFPs con la respectiva aseguradora, y por tanto no emanan de comerciantes.

2° Que siendo el derecho a la pensión imprescriptible por su carácter de irrenunciable y vitalicio, y que uno de los postulados del sistema de seguridad social es la necesidad de la sostenibilidad financiera del mismo, no tiene lógica que los afiliados puedan, sin que les vaya a prescribir el derecho, reclamar en cualquier tiempo a la administradora de fondos, mientras que ésta a su turno esté sujeta a las reglas de prescripción del artículo 1081 del C. del Co., y bajo esta perspectiva se tiene que las obligaciones de la compañía aseguradora cuando expide una póliza de seguro previsional *“están imbricadas inexorablemente al derecho pensional, son consustanciales e inescindibles, y por ende, adquieren la calidad de imprescriptibilidad”*, donde la *“suma adicional”* que le corresponde aportar a COLSEGUROS se constituye como indispensable para el financiamiento de la pensión.

3° Que del mismo modo, al estimarse por vía jurisprudencial imprescriptibles otros componentes que sirven para financiar las pensiones, como por ejemplo el “bono pensional”, igual suerte deben correr las sumas adicionales del seguro previsional.

Planteadas así las cosas, es de advertir que en sede de casación no es materia de discusión que John Jairo Cortés López para el momento de su fallecimiento que ocurrió el 28 de marzo de 1998, se encontraba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y de Cesantías S.A. COLFONDOS; que éste reunió el número de semanas exigidas para tener derecho sus causahabientes a la pensión de

sobrevivientes; que la actora en su condición de madre del causante reclamó al citado fondo de pensiones el reconocimiento de dicha prestación, la cual le fue negada u objetada el 28 de noviembre de 2002; que COLFONDOS S.A. y la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., suscribieron un contrato de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, para lo cual se expidió la póliza 0209000001 que se renovó y estaba vigente para la época del deceso del afiliado.

Pues bien, visto lo anterior le asiste razón a la censura y se equivoca el Tribunal al considerar que la prescripción de esta clase de seguro previsional, se gobierna por lo regulado en el artículo 1081 del Código de Comercio, así como que la obligación que surge a cargo de la aseguradora llamada en garantía, se hizo exigible transcurridos tres (3) días desde la objeción que de la reclamación de los causahabientes efectuó el fondo de pensiones demandado.

En efecto, debe comenzar la Sala por acotar, que la pensión de sobrevivientes por la muerte de un afiliado al RAIS, en los términos del artículo 77 numeral 1° de la Ley 100 de 1993, se financia con *“los recursos de la cuenta individual de ahorro pensional generados por cotizaciones obligatorias”* y *“el bono pensional si a ello hubiere lugar”*, y en el evento de que lo acumulado en la cuenta individual no sea suficiente, para su financiación concurre el pago de una *“suma adicional”* que entra a completar el capital, la cual *“estará a cargo de la aseguradora”*.

El seguro especial en comento impuesto por la nueva ley de seguridad social, según lo indica su artículo 60 literal b), se financia por cuenta de los afiliados al régimen de ahorro individual, toda vez que una parte de los aportes o cotizaciones se destinan a la cuenta pensional y otra *“al pago de primas de seguros para atender las pensiones de invalidez y de sobrevivientes”*.

Dichos seguros previsionales que son obligatorios *“deberán ser colectivos y de participación”* de conformidad con lo dispuesto en el artículo 108 ibídem, esto es, colectivos porque otorgan cobertura a un número plural de afiliados de la administradora que contrata el seguro, y de participación por cuanto la entidad aseguradora se obliga a repartir utilidades a los afiliados o en beneficio de los pensionados.

Entonces, en este orden de ideas, como lo pone de presente la censura, es la ley de seguridad social integral la que concibió el ahorro individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de invalidez y muerte, y por ende el tomar un seguro colectivo y de participación a través de la administradora de pensiones, con el objeto definido legalmente de garantizar al afiliado las sumas adicionales necesarias para integrar el capital constitutivo de las pensiones de invalidez y sobrevivientes, que se representa en las pólizas de seguros con las que se formaliza el vínculo de aseguramiento previsional, conduce a concluir que dicho amparo efectivamente tiene la categoría de un ***“seguro previsional de la seguridad social”*** y no propiamente un seguro comercial.

De ahí que para definir el contenido de la obligación de aseguramiento en relación al afiliado, el marco jurídico y normativo que verdaderamente gobierna esta clase de seguros previsionales, está conformado por los referidos artículos 60, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 876, 718, 719 y 1161 de 1994, sin perjuicio

de lo que el tomador y la aseguradora establezcan en la respectiva póliza, como es el caso de su vigencia, prórroga y terminación de la misma, entre otros aspectos.

Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional, como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes, así las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero.

Hasta lo aquí dicho, se colige que el Juez de apelaciones erró al aplicar la norma comercial y determinar con base en ella que estaban prescritos los derechos derivados de la póliza del seguro previsional tomada por Colfondos S.A. a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A..

En estas condiciones, la controversia queda circunscrita a definir cuál es el término de prescripción de las sumas aseguradas y bajo que normatividad se regula, o, si como lo sostiene la sociedad recurrente **el derecho de amparo del seguro previsional a reclamar entre entidades**, esto es, el que le asiste a la administradora de pensiones frente a la compañía de seguros, en verdad no prescribe.

Para esclarecer este puntual aspecto, primeramente es de destacar que respecto del afiliado o sus causahabientes la reclamación de la existencia del derecho, por tratarse de una pensión, para el presente asunto de sobrevivientes, en lo que atañe a su reconocimiento o derecho en si mismo, no tiene término de prescripción como lo ha sostenido insistentemente la jurisprudencia de la Corte, así esa prestación deba financiarse para completar su capital, con un aporte adicional a cargo de una aseguradora.

Así mismo, importa decir que la obligación del reconocimiento de la “*suma adicional*” que completa ese capital de la pensión de invalidez o sobrevivientes, según sea el caso, que es el derecho que ampara el citado seguro previsional, realmente se hace **exigible** es cuando se concede la respectiva pensión por el lleno de los requisitos legales, por parte de la administradora de pensiones de manera directa o por decisión judicial en la eventualidad de una controversia, dicho en otras palabras, **es a partir del momento en que se otorga la prestación pensional que se puede entender causado el derecho a que se traslade al tomador el aporte adicional que corresponda a la aseguradora**. De lo contrario, se harían nugatorios los efectos de la póliza vigente para la época del siniestro y de la norma legal que prevé la financiación de las aludidas pensiones tomando como un componente necesario esa suma o aporte adicional, que se indica una vez más, busca integrar el capital para el pago de la prestación, en aquellas situaciones que no resulte suficiente lo que se tiene en la cuenta individual del afiliado al RAIS.

De tal modo, que si el establecimiento del hecho, que no es otro que el reconocimiento de la pensión que genera el derecho al amparo del seguro previsional no

prescribe, éste tampoco puede prescribir, por estar ambos estrechamente ligados como un todo jurídico.

En tales circunstancias, el ad quem también se equivocó al sostener que el término prescriptivo del seguro previsional, debía contarse desde la fecha en que Colfondos objeto el trámite de la pensión de sobrevivientes por la muerte del afiliado Jhon Jairo Cortés López, pues se repite, el hecho generador de la causación del seguro que impuso la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios para los afiliados al RAIS, es el otorgamiento de la pensión como tal, cuya reclamación como atrás se expresó no admite la prescripción extintiva del derecho en sí mismo.

En definitiva, los derechos que emanen del mencionado seguro previsional de la seguridad social, para efectos de trasladar los recursos faltantes para financiar la pensión al tomador que lo es el fondo de pensiones y a favor de uno de sus afiliados, en puridad de verdad, como quedó visto, son imprescriptibles, manteniéndose en esta forma latente la posibilidad de llamar en cualquier tiempo a responder a la aseguradora por esa suma adicional que se comprometió a pagar en la correspondiente póliza existente y vigente para cuando acaeció la contingencia de la invalidez o la muerte.

Como lo esbozado nos lleva a concluir que la acción o los derechos exigidos a la llamada en garantía ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. no se encuentran afectados por el fenómeno jurídico de la prescripción, precisamente por no estar aún reconocida la pensión de sobrevivientes a financiar y por el hecho de no prescribir su reclamación conforme quedó ampliamente explicado, el Tribunal cometió los yerros jurídicos que le endilga la censura, y por ende estos dos primeros cargos prosperan y **habrá de casarse parcialmente** la sentencia impugnada, sólo en cuanto revocó el literal b) de la parte resolutive del fallo del a quo que absolvió a dicha entidad aseguradora de las pretensiones formuladas por COLFONDOS S.A. al llamarla en garantía, y en cuanto adicionó el literal c) del mismo proveído para declarar probada la excepción de prescripción formulada por COLSEGUROS sobre la garantía establecida en la póliza 0209000001.

IX. TERCER CARGO

La censura acusó la decisión del ad quem de violar por la vía **directa**, en el concepto de **aplicación indebida** del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 46, 48 y 73 de ese mismo ordenamiento.

Para demostrar el cargo sostuvo lo siguiente:

“(....) En su decisión el Tribunal concluyó la procedencia de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 por <la dilación a la que ha sido sujeta en este vía crucis para obtener su pensión de sobrevivientes>.

El artículo 141 de la ley 100 de 1993, expresamente consagra:

<ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en **el pago de las mesadas pensionales** de que trata esta

Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago> (*He subrayado*).

La aplicación de la norma anteriormente transcrita es indebida ya que ella procede cuando estando reconocido el derecho pensional existe mora en el pago de las respectivas mesadas como textualmente lo anuncia la norma.

En el presente caso no está en discusión que se instauró un proceso declarativo buscando el reconocimiento del status de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, luego la condena a intereses moratorios sólo podría surgir con la ejecutoria del fallo que concedió la pensión, pues es en ese momento cuando en rigor se entra en mora en el pago, y no antes, ya que con anterioridad existía controversia jurídica en torno (i) al sujeto pasivo de la obligación pensional (tan es así es que no en vano la demandante vinculó al Municipio de Pereira), y (ii) a la causación del derecho a la pensión de sobrevivientes misma.

De manera que mal puede colegirse que mi representada estaba en mora y por esa vía dar aplicación al artículo 141 de la ley 100 de 1993, porque en este caso solo se tiene certeza de la existencia del beneficio a partir de la firmeza de la sentencia que declara dicha condición, por lo que mi representada no ha estado en mora frente a la demandante, debiéndose casar la sentencia en este aspecto y en sede de instancia absolver por este rubro a mi representada”.

X. SE CONSIDERA

El cargo propuesto está encauzado a que se determine jurídicamente, a partir de que momento se deben reconocer y pagar los intereses de mora de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, si desde que se presenta el simple retardo del deudor como lo infirió el Tribunal, o, una vez aquellos se declaran judicialmente según lo estima la censura.

El juez colegiado para condenar a COLFONDOS S.A. al pago de los intereses de mora sobre lo adeudado por mesadas pensionales que no estuvieran prescritas, consideró que los mismos se generan desde cuando nace el derecho a percibir dichas mesadas, para el caso a partir del “24 de mayo de 2002”, pues desde ese momento se presenta la mora, máxime que la demandante había reclamado el otorgamiento de la pensión de sobrevivientes ante la entidad y le fue negada, sometiéndola a un vía crucis para su obtención.

Por el contrario, la sociedad recurrente adujo que los intereses moratorios se deben reconocer o han de surgir únicamente desde la ejecutoria de la sentencia que concedió la pensión, por cuanto desde ese instante es que en rigor la entidad pagadora entra en mora y no antes, dado que con anterioridad no existía la obligación sino una

controversia jurídica en torno al ente que debe otorgar el derecho y sobre la causación de la pensión de sobrevivientes como tal.

Para desestimar la acusación contenida en el cargo, basta con decir que esta Sala de la Corte ya tuvo la oportunidad de pronunciarse y definir la temática propuesta, es así que en sentencia del 9 de abril de 2003 radicado 19608, reiterada en casación del 15 de agosto de 2006 radicación 27540, se dejó sentado que los intereses de mora previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se han de pagar desde el preciso momento en que se dio el retardo, esto es, para el caso, desde cuando se elevó la solicitud ante la entidad de seguridad social de la pensión de sobrevivencia, y no desde la ejecutoria de la sentencia que los declara, en la medida que su reconocimiento es una de las consecuencias que debe asumir quien controvierte judicialmente ese derecho pensional sin tener la razón de su parte. En la última de las sentencias rememoradas, la Corporación expresó:

“(.....) la norma cuestionada, artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es del siguiente tenor:

<ART. 141.-Intereses de mora. A partir del 1° de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago>.

Del texto de la anterior disposición legal se desprende que los intereses moratorios se producen en caso de retardo en el pago de las mesadas pensionales, lo cual tiene como propósito reparar los perjuicios que se le ocasionan al pensionado por parte de las entidades de seguridad social encargadas del reconocimiento de la prestación económica, que incurran en mora o retrasen la cancelación de las mismas. Lo anterior está acorde con el mandato del artículo 53 de la Constitución Política que propende por garantizar el derecho al pago oportuno y al reajuste periódico de las pensiones.

*Esta Sala de la Corte ha tenido la oportunidad de estudiar y definir el tema, y al respecto ha adocinado, que para que nazca el derecho a la cancelación de los intereses de mora consagrados en el citado precepto legal, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad llamada a reconocer la pensión a su cargo, y que por tanto tales intereses no están sujetos a miramientos, condiciones o requisitos diferentes a ese mero incumplimiento, es así que en **sentencia del 9 de abril de 2003 radicado 19608**, puntualizó:*

<Para demostrar la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la recurrente afirma, en síntesis, que los intereses de mora no pueden decretarse sino desde el momento en que se declare la existencia del derecho pensional y no antes.

Para la Corte, ese razonamiento resulta equivocado, pues, como ha tenido oportunidad de precisarlo al determinar el momento a partir del cual, en eventos como el presente, se configura el derecho a percibir los intereses en caso de mora en el pago de mesadas pensionales, consagrado en el citado artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la causación de ese derecho no está sujeta a condiciones o requisitos distintos al incumplimiento de la respectiva obligación pensional, la cual surge cuando se consolida el derecho prestacional por reunirse los requisitos establecidos en la ley.

El espíritu del soporte legal traído a colación, radica en que ante la “mora” en el pago de la obligación pensional, surgen de manera accesoria los intereses, sin miramientos o análisis de responsabilidad, buena fe, cumplimiento o eventuales circunstancias.

Por tanto, los razonamientos del censor sobre disquisiciones en torno a la trascendencia del momento en que surge el derecho pensional con la decisión judicial, para la liberación de los intereses por esa tardanza, llevan una inteligencia equivocada del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al agregarle al contenido del citado precepto, exigencias y eximentes no previstos por el legislador.

Y ello es así porque, como es apenas natural, para que se configure el derecho al pago de los intereses de mora consagrados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, solamente debe estarse frente al incumplimiento de la obligación de la entidad de reconocer la pensión a su cargo, que se tiene desde que el reclamante reúne las exigencias de edad, tiempo de servicio y demás exigencias legales en particular.

De lo que viene de decirse, se colige que no incurrió el Tribunal en el quebranto normativo que se le imputa en el ataque, pues utilizó la norma pertinente a la situación fáctica que encontró acreditada, haciéndole producir las consecuencias previstas por el legislador. Por tal razón, el cargo no es próspero>.

Lo que significa que la fecha en que se hacen exigibles los citados intereses de mora, no es otra que la del retardo o retraso en el pago de ese beneficio pensional.

En un asunto como el que ocupa la atención a la Sala, es de precisar, que sólo es dable hablar de retardo una vez los beneficiarios que se consideran con derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, realizan la respectiva solicitud de reconocimiento, que es cuando en verdad la entidad ha debido proceder a su pago, más no la fecha de la decisión judicial que declara que la entidad que se negó a reconocer el derecho pensional debió haberlo cancelado desde su causación.

Así las cosas, la intelección del Tribunal no se aviene al genuino y cabal sentido de la norma acusada, y por ende resulta equivocada su interpretación

al disponer que los intereses de mora se paguen desde la ejecutoria de la sentencia que los declara, más no desde el preciso momento en que se dio el retardo, para el caso a partir del 23 de diciembre de 1996, que es la data en que la actora ISABEL GIL DE MATTA efectuó a PORVENIR S.A. la solicitud de la pensión de sobrevivencia, según da cuenta la documental que obra a folio 92 del cuaderno del Juzgado, siendo a partir de ese instante que surge la obligación de la demandada de reconocer y pagar las mesadas pensionales, pues de no hacerlo y controvertir el derecho ante la justicia ordinaria, debe asumir las consecuencias en el evento de no dársele la razón, y entre ellas está la cancelación de los aludidos intereses, que se configuran como se dijo con el retraso o incumplimiento de la respectiva obligación pensional (Resalta la Sala).

Descendiendo al caso en particular y revisada la actuación, la Sala encuentra que la solicitud de reclamación que elevó la actora a COLFONDOS para que se le reconociera la pensión de sobrevivientes, obrante a folio 840 del cuaderno del Juzgado, carece de fecha de presentación o entrega de documentos, más sin embargo por los escritos que aparecen a folios 834 y 835 ibídem, es dable colegir que ello ocurrió en el año **2000**, y si bien la administradora de pensiones tenía un plazo máximo de **cuatro (4) meses** para decidir tal pedimento conforme lo previsto en el **artículo 19 del Decreto 656 de 1994**, cuyo vencimiento para el asunto a juzgar sería el punto de partida para establecer el retardo y la fecha de causación de los respectivos intereses moratorios, sucede que la demanda introductoria se presentó mucho tiempo después de radicada la solicitud y cumplido ese plazo, esto es, hasta el 25 de mayo de **2005** según la constancia de folio 19 ídem, y en estas condiciones será a partir del 24 de mayo de 2002 en que se hizo exigible el pago de las mesadas pensionales no prescritas, **la data para que de igual manera se cancelen los intereses moratorios**, y no como lo sugiere el censor desde la ejecutoria de la sentencia judicial que dispuso su reconocimiento.

Por consiguiente, el Tribunal no se equivocó cuando dispuso el pago de los intereses moratorios correspondientes desde el período no prescrito contabilizado a partir del **"24 de mayo de 2002"**.

Colofón a lo anterior, es que el tercer cargo no puede prosperar.

XI. SENTENCIA DE INSTANCIA

Dado que se CASÓ parcialmente la sentencia recurrida al salir avante la acusación de los dos primeros cargos, como consideraciones de instancia a más de la expresadas al estudiar el cargo, es de añadir que la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. al dar respuesta al llamamiento en garantía, admitió la existencia de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001 y su vigencia para el año 1998 cuando se produjo el fallecimiento del afiliado JOHN JAIRO CORTES LOPEZ, por estar aquella renovada para esa anualidad, así mismo aceptó la cobertura automática respecto de las personas afiliadas a COLFONDOS y la obligación de su parte de cancelar las sumas adicionales que sean necesarias para completar el capital que financie el monto de la pensión (folio 190 y 221 del cuaderno del Juzgado), todo lo cual reafirma la carga de esa compañía aseguradora de asumir el pago del aporte adicional para financiar la pensión de sobrevivientes reclamada a través de esta acción

judicial.

Lo anterior se corrobora con la documental allegada al proceso que contiene dicha póliza No. 0209000001, obrante a folios 229 a 241 ibídem, que se venía renovando para cada anualidad, la cual aparece vigente hasta el año 2000, y que para efectos de la prescripción lo único que consagró en el punto 19 fue que *“se regirá por las normas legales vigentes”* (folio 239).

Del mismo modo, corresponde agregar que por motivo de que la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., en el recurso de apelación que interpuesto contra la decisión de primer grado, limitó su inconformidad de manera expresa a la **excepción de prescripción** de los derechos derivados de la póliza de seguro de invalidez y sobreviviente (folio 913 a 919 ibídem), no tiene la Sala la facultad para estimar otros aspectos distintos a ese tema concreto en relación con la impugnación de la llamada en garantía, dada la exigencia de consonancia prevista en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S.S., de lo cual en sede de casación se dio respuesta ampliamente.

Finalmente, cabe advertir que la llamada en garantía únicamente queda obligada al pago o traslado de la *“suma adicional”* a que se contrae la póliza de marras, más no a la cancelación de los intereses de mora objeto de condena en contra de COLFONDOS S.A.; pues el seguro no cubre los riesgos operacionales del fondo de pensiones, siendo por tanto dichos intereses a cargo de la administradora demandada debido a su incumplimiento, debiéndolos pagar con imputación a su patrimonio propio.

En consecuencia, se **confirma** el literal b) de la parte resolutive de la sentencia del a quo, que condenó a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. *“para que en virtud del otorgamiento de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes Nro. 0209000001, vigente para la fecha del deceso del afiliado, a efectuar el pago de la suma adicional a COLFONDOS que resulte necesaria para financiar la pensión de sobrevivencia, sin que su responsabilidad vaya más allá del valor asegurado”*, y se **adiciona** el literal c) del mismo proveído para efectos de declarar no probada la excepción de prescripción en relación con ese seguro previsional.

Sin costas en el recurso extraordinario, habida cuenta que la acusación salió avante parcialmente, y las de las instancias quedarán en la forma dispuesta por los Jueces de primer y segundo grado.

En mérito de lo expuesto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **CASA PARCIALMENTE** la sentencia proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, el 5 de octubre de 2006, en el proceso adelantado por **MARIA MELVA LOPEZ SANCHEZ** contra la **COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTIAS S.A.-COLFONDOS-**, el **MUNICIPIO DE PEREIRA**, y la llamada en garantía **ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.**, sólo en cuanto revocó el literal b) de la parte resolutive del fallo del a quo absolviendo a la entidad COLSEGUROS S.A., de las pretensiones formuladas por COLFONDOS S.A. al llamarla en garantía, y adicionó el literal c) del mismo proveído para declarar probada la excepción de prescripción formulada por esa

aseguradora sobre la garantía establecida en la póliza 0209000001. En lo demás **NO SE CASA**.

En sede de instancia, se **confirma** el literal b) de la parte resolutive de la sentencia del a quo, que condenó a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. *“para que en virtud del otorgamiento de la póliza colectiva de seguro previsional de invalidez y sobrevivientes Nro. 0209000001, vigente para la fecha del deceso del afiliado, a efectuar el pago de la suma adicional a COLFONDOS que resulte necesaria para financiar la pensión de sobrevivencia, sin que su responsabilidad vaya más allá del valor asegurado”*, y se **adiciona** el literal c) del mismo proveído para efectos de declarar no probada la excepción de prescripción en relación con ese seguro previsional.

Sin costas en el recurso de casación, y las de las instancias quedarán en la forma dispuesta por los Jueces de primer y segundo grado.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL TRIBUNAL DE ORIGEN.

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ

CAMILO TARQUINO GALLEG0 ISAURA VARGAS DIAZ

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA
Secretaria.

- 6. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN LABORAL.**
Expediente 30.519. Sentencia (15, octubre, 2008) MM.PP. Isaura Vargas
Díaz y Elsy del Pilar Cuello Calderón.

SALA DE CASACION LABORAL
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Magistradas Ponentes: ISAURA VARGAS DIAZ y ELSY DEL
PILAR CUELLO CALDERON.

Radicación 30.519

Acta No. 064

Bogotá, D.C., quince (15) de octubre de dos mil ocho (2008).

Resuelve la Corte el recurso de casación interpuesto por la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS, contra la sentencia del 25 de julio de 2006, proferida por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, en el proceso ordinario promovido por HERNAN DE JESUS RESTREPO RESTREPO, en el cual fue llamado en

garantía la sociedad ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.

I. ANTECEDENTES

En lo que interesa al recurso extraordinario basta señalar que HERNAN DE JESUS RESTREPO RESTREPO llamó a juicio a la COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS, para que le reconociera y pagara la pensión de invalidez, a partir del 7 de diciembre de 1997; los intereses moratorios; los aportes en mora; y las costas del proceso (folios 13 y 14, cuaderno 1).

En sustento de sus pretensiones adujo, en suma, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen de 19 de octubre de 1999, le determinó una pérdida de la capacidad laboral equivalente al 60,25%, estructurada a partir del 7 de diciembre de 1997, en razón a que padece de *“sícosis esquizofrénica con episodios de ideación paranoide”*, enfermedad de origen común; que se encontraba afiliado a la demandada desde el 1 de julio de 1997; que durante el año anterior al momento de la estructuración de la invalidez, trabajó al servicio de SERVIMANOS LTDA, en labores de recolección de basuras en el Municipio de Itagüi, *“figurando en el periodo previo a su afiliación a COLFONDOS S.A., como afiliado cotizante en pensiones al I.S.S.”* ; que Colfondos S.A. le negó la pensión de invalidez al considerar que no había cotizado 26 semanas en el año inmediatamente anterior a la invalidez, además, porque se encontraba en mora (folios 14 y 15, cuaderno 1).

Al contestar el escrito inaugural de la litis (folios 31 a 37, cuaderno 1) COLFONDOS S.A., se opuso a todas y cada una de las pretensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa.

Por su parte, la sociedad ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., llamada en garantía, no aceptó las pretensiones, sostuvo que *“la mencionada póliza tuvo vigencia hasta el 31 de diciembre de 2000, y no estaba vigente para la fecha en la cual se estructuró el riesgo profesional”* (folio 84 cuaderno 1). Propuso la excepción de falta de jurisdicción y competencia, porque la relación jurídica de la aseguradora era comercial, la cual fue resuelta de manera adversa en la audiencia del 8 de marzo de 2004 (folios 105, 106 cuaderno 1).

Mediante fallo de 24 de enero de 2006 (folios 194 a 198, cuaderno 1), el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Medellín, condenó en forma solidaria a Colfondos S.A. y a la Aseguradora Colseguros S.A., a reconocer y pagar al actor la pensión de invalidez, a partir del 7 de diciembre de 1997; y les impuso costas. Mediante providencia de 24 de febrero de 2006 la adicionó en el sentido de condenarlas, además, al pago de los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

II. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL

Al resolver el recurso de apelación interpuesto por las partes (folios 231 a 244, cuaderno 1), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, confirmó la decisión del *A quo*, excepto en cuanto condenó en forma solidaria a la Aseguradora Colseguros, pues en su lugar, la absolvió.

En lo que rigurosamente concierne al recurso extraordinario el juez plural asentó que *“no se debe condenar solidariamente a la accionada con la empresa llamada en garantía, porque de conformidad con la póliza de Seguros Previsionales de Invalidez y Sobrevivencia, que se anexó al proceso obrante entre los folios 89 a 96, entre las condiciones generales, se estipuló <la Compañía cubre a los afiliados al régimen de ahorro individual, vinculados al fondo de pensiones administrados por la sociedad indicada en esta póliza y se obliga a pagar, en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario correspondiente al afiliado que sea declarado invalido por un dictamen en firme o que fallezca y genere pensión de sobrevivientes, siempre que tales eventos sean consecuencia de riesgo común, ocurran dentro de la vigencia de esta póliza y cumplen con los siguientes requisitos>. Como se puede deducir del amparo de la póliza, la compañía aseguradora está respondiendo solo por la suma adicional que falte para completar el capital necesario para otorgarle la pensión al afiliado que sea declarado invalido. Por tanto, no se obliga a responder solidariamente a la compañía aseguradora, sino por una suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión, que corresponda al afiliado que sea declarado invalido por un dictamen en firme”* (folios 236 y 237, cuaderno 1).

Para el Tribunal *“de conformidad con la póliza, el asegurado es el actor, y lo que debe hacer la compañía aseguradora es adicionar la suma que falte para el pago de la pensión, y esta resulta de la diferencia entre el capital necesario y la suma de los recursos de la cuenta de ahorro individual provenientes de aportes obligatorios y el bono pensional si lo hubiere, a la fecha en que para el afiliado quede en firme el dictamen de invalidez. Por lo que la sentencia será revocada en este sentido: además de que para la fecha, como lo manifiesta el recurrente, la póliza no se encontraba vigente, o por lo menos prueba de ello no aparece en el expediente, siendo, en consecuencia obligación de COLFONDOS haberlo demostrado”* (folio 237, ibídem).

Posteriormente, el juez de alzada consideró que el actor tiene derecho a la pensión de invalidez en aplicación del principio de la condición más beneficiosa, ya que *“cotizó un total de 320 semanas (fls. 177/179) durante su vida laboral, antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, es decir muchas más de las veintiséis (26) semanas de que habla el artículo 39 de la Ley 100 de 1993, las cuales obviamente fueron sufragadas con anterioridad a la estructuración del estado de invalidez (diciembre 7 de 1997), que es, lo que esencia, exige el mencionado artículo”* (folio 280, cuaderno 1).

Apoyó su decisión en las sentencias de 19 de julio de 2005, 5 de septiembre de 2001, 22 de noviembre de 2004, 8 de septiembre de 2004, proferidas por esta Corporación.

III. EL RECURSO DE CASACION

Inconforme con esa decisión, COLFONDOS S.A. interpuso el recurso extraordinario (folios 11 a 29, cuaderno 2), que fue replicado por COLSEGUROS S.A. (folios 36 a 45, ibídem) y por el demandante (folios 48 a 50, ibídem), en el que le pide a la Corte que case el fallo recurrido y, en sede de instancia, *“se modifique el fallo de primer grado, en cuanto condenó a la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. solidariamente, y en su lugar se le condene en calidad de garante de la suma adicional para financiar la pensión de invalidez del demandante; y se revoque la condena(...) al*

pago de los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y en su lugar, se absuelva del pago de los mismos” (folios 14, cuaderno 2).

Con tales propósitos le formula cuatro cargos, de los cuales serán estudiados conjuntamente los dos primeros dado la identidad del sendero seleccionado y de los argumentos, junto con la réplica.

PRIMER CARGO

Acusa la sentencia por vía directa, “por violación medio del artículo 57 del C.P.C., aplicable al procedimiento laboral conforme al artículo 145 del C. P. del T. y S.S., lo que la condujo a la infracción directa de los artículos 60, 70, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993 y 48 de la Constitución Política, y en consecuencia, a la aplicación indebida de los artículos 39, 40, 73, 74 y 272 de la Ley 100 de 1993” (folio 14, cuaderno 2).

Luego de copiar algunos pasajes de la sentencia recurrida, la censura aduce que “la conclusión según la cual no procedía una condena solidaria sobre la pensión de invalidez, no conlleva per se la absolución de la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. Por esta vía el Tribunal llegó a hacer nugatorios los efectos de la póliza legalmente contratada, y del llamamiento en garantía legalmente efectuado en el procedimiento del trabajo y de la seguridad social, y esa circunstancia tuvo plena incidencia en la aplicación del derecho sustancial en el caso litigado, ya que implicó que la aseguradora, en el concierto de sus deberes en el marco del sistema integral de seguridad social en pensiones, no responda por las obligaciones contraídas por causa del seguro previsional ” (folio 15, cuaderno 2).

Enseguida la recurrente, transcribió el artículo 57 del Código de Procedimiento Civil, que se refiere a la figura del llamamiento en garantía, y apartes del fallo de 11 de agosto de 1997, radicación 9809, dictado por esta Corporación y expresa que “negar los efectos de garante a las compañías de seguros, como lo hizo impropriamente el ad quem en el sub lite, significa que estas entidades ni siquiera tengan que responder por esa suma adicional indispensable para financiar la pensión de invalidez, a pesar de que recauden el valor de los aportes pagados por los afiliados al sistema social en pensiones (aportes parafiscales), conforme lo dispone el inciso 3º del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, subrogado por el artículo 7º de la Ley 797 de 2003. La contratación de los seguros previsionales no se efectúa como un acto volitivo de la compañía administradora de Fondo de Pensiones, sino como imperativo legal de la normatividad del sistema integral de seguridad social. En el contexto de éste, la contratación del especial seguro, es obligatorio para la administradora del fondo de pensiones, dimanada de la propia Ley 100 de 1993” (folio 17, cuaderno 2).

Puntualiza la censura que los seguros previsionales, típicos del sistema integral de seguridad social en pensiones, tienen las siguientes características: (i) ampara la suma adicional, como componente económico y dinerario de las pensiones de invalidez o sobrevivientes; (ii) se circunscriben en el marco específico de la Ley 100 de 1993; (iii) el pago de la suma adicional, tiene su origen en el propio sistema de seguridad social; (iv) son obligatorios, (v) se financian en forma directa con los recursos provenientes de los aportes pagados por los afiliados al sistema de seguridad social en pensiones; y (vi) presentada la contingencia (invalidez o muerte), y siendo insuficiente el

monto de la cuenta individual para el pago de la respectiva pensión, la obligación de la aseguradora, en virtud del seguro previsional, es pagar a la administradora de fondos de pensiones la suma adicional que complete el capital necesario para financiar la pensión de sobrevivientes o invalidez según el caso.

SEGUNDO CARGO

Acusa la sentencia por vía directa, *“por violación medio del artículo 57 del C.P.C., aplicable al procedimiento laboral conforme al artículo 145 del C. P. del T. y S.S., lo que la condujo a la aplicación indebida de los artículos 39, 40, 60, 70, 73, 74, 77, 708 y 272 de la Ley 100 de 1993”* (folio 20, cuaderno 2).

El desarrollo del cargo está soportado con similares argumentos expuestos en el ataque en precedencia, por lo que se hace innecesario su transcripción.

LA REPLICA DE ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A.

Confuta los tres cargos arguyendo reparos en la técnica de casación, además, sostiene que no es la jurisdicción ordinaria laboral la competente para dirimir este tipo de controversias en tratándose de seguros previsionales.

LA REPLICA DEL DEMANDANTE

Sostiene que *“frente a los tres primeros cargos de la demanda, basta decir, que es un conflicto entre la demandada y la llamada en garantía que en nada vincula o afecta al actor, porque en definitiva es (...) COLFONDOS quien debe cubrir con el pago del crédito pensional”* (folio 49, cuaderno 2).

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Al abordar el estudio de las referidas acusaciones, es necesario precisar que en el *sub judice* la actividad jurisdiccional del Estado se puso en movimiento por la demanda ordinaria laboral que instauró Hernán de Jesús Restrepo contra la Administradora de Pensiones y Cesantías S.A.--COLFONDOS--, con el objeto de lograr el reconocimiento de la pensión de invalidez; ésta a su turno llamó en garantía a la Sociedad Aseguradora de Vida COLSEGUROS S.A.

Entonces, en sentir de la Corte no queda duda que la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., se encuentra legalmente vinculada al proceso por llamamiento en garantía, máxime que ella no objetó tal calidad en las instancias, como se consignó al historiar el proceso, y en desarrollo legal, pues en efecto, el artículo 70 de la Ley 100 de 1993, al referirse a la financiación de las pensiones de invalidez, enuncia como uno de sus varios componentes *“la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión”*, y el artículo 108 (ibídem) exige que la clase de seguros a tomar *“deberán ser colectivos y de participación”*, modalidad que reitera el artículo 2º del Decreto 718 de 1994; igualmente el Decreto 1161 de 1994 en sus artículos 15 y siguientes regula la obligación del pago de primas de seguros previsionales, el margen de solvencia y la facultad de contratación con las aseguradoras ya directamente por el fondo o por conducto exclusivo de intermediarios de seguros. Finalmente, el

Decreto 1515 de 1998 reglamenta el artículo 109 de la Ley 100 de 1993 en el tema de garantías pensionales.

En cuanto al fondo del asunto, el juez de apelación para revocar lo dispuesto por el *A quo* en torno a la solidaridad de la Aseguradora Colseguros S.A., llamada en garantía, asentó que *“no se debe condenar solidariamente a la accionada con la empresa llamada en garantía, porque de conformidad con la póliza de Seguros Previsionales de invalidez y Sobrevivencia, que se anexó al proceso obrante entre los folios 89 a 96, entre las condiciones generales, se estipuló <la Compañía cubre a los afiliados al régimen de ahorro individual, vinculados al fondo de pensiones administrados por la sociedad indicada en esta póliza y se obliga a pagar, en los términos de la Ley 100 de 1993 y sus reglamentos, la suma adicional que se requiera para completar el capital necesario correspondiente al afiliado que sea declarado invalido por un dictamen en firme o que fallezca y genere pensión de sobrevivientes, siempre que tales eventos sean consecuencia de riesgo común, ocurran dentro de la vigencia de esta póliza y cumplen con los siguientes requisitos>. Como se puede deducir del amparo de la póliza, la compañía aseguradora está respondiendo solo por la suma adicional que falte para completar el capital necesario para otorgarle la pensión al afiliado que sea declarado invalido. Por tanto, no se obliga a responder solidariamente a la compañía aseguradora, sino por una suma adicional para completar el capital que financie el monto de la pensión, que corresponda al afiliado que sea declarado invalido por un dictamen en firme”* (folios 236 y 237, cuaderno 1).

La inconformidad de la censura con la decisión del Tribunal estriba, en rigor, en que *“la conclusión según la cual no procedía una condena solidaria sobre la pensión de invalidez, no conlleva per se la absolución de la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. Por esta vía el Tribunal llegó a hacer nugatorios los efectos de la póliza legalmente contratada, y del llamamiento en garantía legalmente efectuado en el procedimiento del trabajo y de la seguridad social, y esa circunstancia tuvo plena incidencia en la aplicación del derecho sustancial en el caso litigado, ya que implicó que la aseguradora, en el concierto de sus deberes en el marco del sistema integral de seguridad social en pensiones, no responda por las obligaciones contraídas por causa del seguro previsional ”* (folio 15, cuaderno 2).

Puestas así las cosas, observa la Corte que el Tribunal, en puridad, se equivocó en los términos que le achaca la recurrente, toda vez que efectivamente la entidad aseguradora debe responder a la luz de lo establecido en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, 2º del Decreto 718 de 1994, 15 y s.s. del Decreto 1161 de 1994, 8, 11 y 12 del Decreto 832 de 1996 y en el Decreto 1515 de 1998, por la suma que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez del actor.

Ahora, si bien la entidad aseguradora no es solidaria con el fondo demandado en lo que atañe con el pago de la pensión de invalidez, como acertadamente lo concluyó el juez colegiado, ello no es razón para que la llamada en garantía se sustraiga de la obligación legal que gravita en asumir la suma adicional para sufragar dicha prestación.

Así lo sostuvo esta Corporación en sentencia del 2 de octubre 2007, radicación 30252:

“El ataque en casación se centra en la violación a las normas que regulan el derecho previsional que impone la Ley 100 de 1993 a los afiliados del régimen de ahorro individual, con el fin de integrar el capital necesario para financiar las pensiones de invalidez o de sobrevivientes, cuando lo acumulado en las cuentas individuales no sea suficiente.

En el sub lite la Administradora de pensiones a quien se le demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al contestar la demanda llamó en garantía a su entidad aseguradora, y ésta al comparecer al proceso aceptó tal condición, admitió la existencia del vínculo de aseguramiento, en los términos de la “Póliza de Seguros Previsionales de Invalidez y Sobrevivencia” (sic), aportado por la Administradora de pensiones en su contestación de la demanda.

El Ad quem absuelve a COLSEGUROS por entender que “se desconoce el alcance de la obligación a la cual se ha comprometido” la entidad Aseguradora.

Tal desconocimiento es un yerro del Tribunal. Es la Ley de Seguridad Social Integral la que concibió el Ahorro Individual como un régimen con carácter de aseguramiento para los infortunios de la invalidez y de la muerte; y sin duda se trata de una obligación insoslayable pues es inherente a la naturaleza del régimen de ahorro individual tomar un seguro a través de la administradora de pensiones, con un objeto definido legalmente de garantizarle al afiliado las sumas adicionales necesarias para financiar las pensiones de invalidez y sobrevivientes, como lo manda el artículo 108 de la Ley 100 de 1993”.

De manera que el juez de segunda instancia se equivocó al absolver a la Aseguradora Colseguros S.A., llamada en garantía, de cumplir con la obligación de asumir la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión de invalidez deprecada por el demandante, obligación que, se insiste, dimana de la propia Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

En armonía con lo discurrido los cargos prosperan.

TERCER CARGO

Ataca la sentencia de violar de manera indirecta, por aplicación indebida los artículos 39, 40, 60, 73, 74, 77, 108 y 272 de la ley 100 de 1993 y 48 de la Constitución Política

Como errores manifiesto de hecho, señala:

1) *Dar por demostrado, sin estarlo, que la póliza de seguro previsional suscrita entre COLFONDOS S.A. Y ASEGURADORA DE*

VIDA COLSEGUROS S.A., no se encontraba vigente al momento en el cual se estructuró el estado de invalidez del señor Hernando de Jesús Restrepo.

2). No dar por desmostado, estándolo, que la póliza expedida por el contrato de seguro previsional entre COLFONDOS S.A. y ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., se encontraba vigente al momento en el cual se estructuró el estado de invalidez del señor Hernando de Jesús Restrepo Restrepo” (folio 26, cuaderno 2).

Dice el impugnante que en los anteriores yerros fácticos incurrió el sentenciador de segundo grado por la falta de apreciación de la póliza de seguro de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001 obrante a folio 60 del expediente.

Asevera la censura que “a folio 60 del plenario consta la póliza de seguro de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001, que sin lugar a duda o cuestionamiento alguno describe la <VIGENCIA DEL SEGURO> que inicia <DESDE 31-12-96>, valga decir 31 de diciembre de 1996, <HASTA 31-12-97>, es decir, 31 de diciembre de 1997, y redundando, el mismo documento indica que el <PERIODO QUE CUBRE ESTE CERTIFICADO> inicia <DESDE 31-12-96>, vale decir, 31 de diciembre de 1996,<HATA 31-12-97, esto es, 31 de diciembre de 1997. Como la declaratoria de invalidez la hizo la junta de calificación con efectos a partir del 7 de diciembre de 1997, la conclusión de lo que acredita la documental desatendida en segunda instancia es refulgente, y es que en el lapso de vigencia de la póliza sí tenía cobertura el determinante seguro previsional en relación con la contingencia del estado de invalidez del demandante, por lo que erró de modo protuberante el ad quem al concluir contra evidencia lo contrario. La incidencia del gravísimo desacierto es palmaria ya que si el fallador de instancia se hubiese percatado que sí estaba vigente la póliza al momento en que se estructura el estado de invalidez, habría concluido la cobertura del amparo de ese riesgo cuando éste se estructuró y la consecuente responsabilidad de la compañía aseguradora” (folio 27, cuaderno 2).

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Sostuvo el Tribunal que “de conformidad con la póliza, el asegurado es el actor, y lo que debe hacer la compañía aseguradora es adicionar la suma que falte para el pago de la pensión, y esta resulta de la diferencia entre el capital necesario y la suma de los recursos de la cuenta de ahorro individual provenientes e aportes de aportes obligatorios y el bono pensional si lo hubiere, a la fecha en que para el afiliado quede en firme el dictamen de invalidez. Por lo que la sentencia será revocada es este sentido: además de que para la fecha, como lo manifiesta el recurrente, la póliza no se encontraba vigente, o por lo menos prueba de ello no aparece en el expediente, siendo, en consecuencia obligación de COLFONDOS haberlo demostrado” (folio 237, ibídem).

Pues bien, partiendo del hecho de que no existe discusión alguna en torno a que el accionante fue declarado inválido a partir del 7 de diciembre de 1997, encuentra la Corte que el Tribunal se equivocó al considerar que no obraba prueba de la existencia de la póliza vigente de seguro de invalidez y sobrevivientes, cuando salta a la

vista que a folio 60 consta la póliza No. 0209000001 cuya vigencia fue del 31 de diciembre de 1996 hasta el 31 de diciembre de 1997, por lo que es evidente el desaguizado en que incurrió el juzgador al soslayarla.

Para abundar, nótese que la demandada COLFONDOS S.A. al contestar el libelo genitor (4 de octubre de 2002) en el hecho primero aceptó que ella tiene contratada con la Aseguradora COLSEGUROS S.A., *“una póliza previsional para el financiamiento y pago de las pensiones de invalidez y/o supervivencia de sus afiliados, póliza distinguida con el número 0209000001, **la cual se encuentra actualmente vigente**”* (resaltado fuera de texto-folio 51, cuaderno 1), aseveración que encuentra respaldo en el contenido de la póliza del folio 60, como ya se anotó.

Lo traído a colación evidencia que el Tribunal sí incurrió en yerro con las características de protuberante, y manifiesto al no haber visto en la documental referenciada la vigencia de la póliza y sus condiciones generales dentro de las cuales se daban los presupuestos para amparar al actor; por ende el ataque sale avente.

CUARTO CARGO

Acusa la sentencia por violar directamente la ley sustancial, por la aplicación indebida del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en relación con los artículos 39, 40, 74 de la Ley 100 de 1993.

Para la recurrente la aplicación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 es indebida *“ya que para la época de la causación de la pensión la jurisprudencia de la H. Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no se aplica la condición mas beneficiosa a estos casos, cuando el afiliado, como en el caso de autos, no alcanzaba la densidad de cotizaciones mínima exigida en la ley 100 de 1993. Bien es sabido que las decisiones judiciales de casos semejantes han sido oscilantes entre (i) la aplicación de los parámetros de la ley 100 de 1993, por su carácter de orden público (caso en el cual no correspondería la pensión al demandante) y (ii) la tesis actualmente vigente según la cual, la aplicación de la condición mas benéfica, implica tener como válidas, a efectos de examinar la causación o no de la pensión de invalidez en debate, los requisitos de la normatividad anterior”*.

Aduce que *“mal puede colegirse que, al margen de buena o mala fe que no incide en estos asuntos, lo cierto es que desde el punto de vista del principio constitucional y legal de la confianza legítima, mi representada estaba asistida del derecho de no pagar esa pensión que ni la ley ni la jurisprudencia no establecían cuando se adolecía de la falta de densidad de cotizaciones legalmente requerida por la ley 100 de 1993, porque en este caso solo se tiene certeza de la existencia del beneficio a partir de la firmeza de la sentencia que opta por la tesis de la condición mas benéfica, por lo que mi representada no ha estado en mora frente al demandante debiéndose casar la sentencia en este aspecto”* (folio 29, cuaderno 2).

LA REPLICA DE LA ASEGURADORA

Afirma que la condena impuesta por intereses moratorios no la vincula, dado que no es partícipe de sanciones por la mora del obligado a reconocer la prestación de sobreviviente o invalidez.

LA REPLICA DEL DEMANDANTE

Asevera que el reconocimiento de los intereses previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 se impone, como ha sido reiterado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de esta Corporación, sin miramientos o disquisiciones diferentes al sólo incumplimiento de su concesión.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

Frente al tema propuesto, de la condena al pago de los intereses moratorios, se observa que no fue reseñado, en manera alguna, en el escrito de sustentación del recurso de apelación interpuesto por la administradora demandada (ver folios 205 a 207). Sobre el particular ninguna duda cabe, por cuanto el memorial referido se presentó para sustentar el recurso contra la sentencia principal, que no incorporó la condena a intereses moratorios, la cual solo mereció pronunciamiento en la providencia complementaria, dictada 23 días después (folio 208).

Ahora, de conformidad con la segunda parte del inciso 4º del artículo 352 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los asuntos laborales por virtud del principio de integración normativa consagrado en el 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la apelación contra la providencia principal se extiende a la que la complementa, sin embargo, debe entenderse que la regla no exime al interesado de su deber legal de sustentar su reproche ante la situación jurídica creada por la nueva decisión, en este caso como los intereses moratorios que fueron impuestos en el fallo complementario.

Como quiera que el tema de los intereses moratorios no fue objeto de la apelación interpuesta por la parte demandada, recurrente en casación, como efecto obvio del principio de consonancia, el Tribunal no se refirió a ello. Siendo así, tampoco por elemental lógica, está, la Corte habilitada para tratar dicho tema, que no fue objeto de pronunciamiento de la sentencia impugnada y, por lo mismo, no cabe predicar al respecto ilegalidad alguna.

En consecuencia, se desestima el cargo.

V. CONSIDERACIONES DE INSTANCIA

El recurso de apelación de la Aseguradora de Vida Colseguros S.A. gravita en torno de los siguientes aspectos: 1) la incompetencia del juez laboral para decidir un conflicto entre ella y el fondo de pensiones, dado que el contrato suscrito se rige por el Código de Comercio; 2) la condena ordena una obligación solidaria para el pago de la pensión de invalidez, lo que no es acertado en la medida en que *“el seguro previsional es aquel acto de Derecho Comercial, de tener la garantía de completar el capital para reconocer la pensión”*; 3) la sentencia se dictó en abstracto; y 4) para la fecha en que se estructuró la invalidez, año 1997, no estaba vigente la póliza, y finalizó de acuerdo al Artículo 1152 del Código de Comercio, en diciembre de 2000, y Artículo 1081 del Código de Comercio, en una demanda notificada el 16 de septiembre de 2003.

1º Incompetencia del Juez Laboral.

Debe comenzar la Sala recordando que en virtud del numeral 4º del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, modificado por el artículo 2 de la Ley 712 de 2001, la jurisdicción ordinaria laboral conoce de las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.

Por su parte, el inciso 2º del artículo 1º de la Ley 100 de 1993 estatuye que el sistema general de seguridad social integral *“comprende las obligaciones del Estado y la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las prestaciones de carácter económico, de salud y servicios complementarios, materia de esta Ley, u otras que se incorporen normativamente en el futuro”* (subrayado fuera de texto).

A su vez el artículo 59 ibídem establece que el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, al cual se encuentra afiliado el actor, *“es el conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados, de acuerdo con lo previsto en este Título”*.

Dentro de las características propias del régimen de ahorro individual con solidaridad se destacan las concernientes a que sus afiliados tienen derecho, entre otros, al reconocimiento y pago de las pensiones de invalidez, prestación que, para efectos de su cuantía, estará directamente ligada a lo constituido en la cuenta por concepto de aportes obligatorios, aportes voluntarios cuando así lo disponga el afiliado, o cuando ello sea necesario para acceder a la pensión mínima de invalidez, rendimientos financieros, bono y/o título pensional y subsidios del Estado, si hubiere lugar a ellos. Y de ser necesario, para completar el capital que financie el monto de la pensión, una suma adicional que correrá a cargo de una compañía aseguradora. Para cubrir este último evento, las Administradoras de Pensiones se encuentran obligadas a contratar con ésta un seguro de invalidez y de sobrevivientes, sufragado con una parte de los aportes obligatorios.

Así las cosas, verificado el riesgo por invalidez, la Administradora del régimen financia el derecho pensional con lo acumulado por el afiliado en la cuenta individual, pero de no ser suficiente, la aseguradora, a través de la suma adicional, integra los recursos básicos para velar por el cumplimiento del pago de la prestación.

Entonces: (i) si el contrato colectivo del seguro previsional tiene su fuente en la ley de seguridad social, convenio cuyo objeto, finalidad, cobertura y alcance

debe sujetarse íntegramente a los parámetros instituidos en los artículos 60, 77 y 108 de la Ley 100 de 1993 y los Decretos Reglamentarios 876, 718, 719 y 1161 de 1994; (ii) si el afiliado cubre el seguro previsional con parte de su aporte obligatorio, 3% de la cotización (artículo 7º de la Ley 797 de 2003) y a su vez las compañías aseguradoras, con la suma adicional, integra el capital necesario para sufragar la pensión de invalidez; (iii) si las compañías aseguradoras hacen parte del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, es decir, del *“conjunto de entidades, normas y procedimientos, mediante los cuales se administran los recursos privados y públicos destinados a pagar las pensiones y prestaciones que deban reconocerse a sus afiliados”*(artículo 59 de la Ley 100 de 1993), e inclusive de la Seguridad Social Integral, entendida como el *“conjunto de instituciones, normas y procedimientos, de que disponen la persona y la comunidad para gozar de una calidad de vida, mediante el cumplimiento progresivo de los planes y programas que el Estado y la sociedad desarrollen para proporcionar la cobertura integral de las contingencias, especialmente las que menoscaban la salud y la capacidad económica, de los habitantes del territorio nacional, con el fin de lograr el bienestar individual y la integración de la comunidad”* (preámbulo Ley 100 de 1993), refulge que se trata de un verdadero seguro previsional propio de la seguridad social y no de naturaleza comercial.

Así lo dejó sentado esta Corporación en sentencia de 21 de noviembre de 2007, radicación 31214, cuando razonó *“Adicionalmente es de destacar que la Constitución Política de 1991 en su artículo 48 enmarca a la seguridad social como un servicio público de carácter obligatorio y un derecho irrenunciable, lo que reafirma la tesis de que los seguros previsionales de marras, como se dijo, son dable considerarlos como una categoría especial, que los sustrae de las regulaciones comerciales o mercantiles propias de los seguros generales que vayan en contravía de los principios, cometidos o fines del sistema pensional, como para el caso acontece con la aplicación de las reglas de la prescripción previstas en el artículo 1081 del Código de Comercio, que en definitiva no tienen cabida o aplicación en esta clase de seguros propios de la invalidez y sobrevivientes, así las entidades aseguradoras autorizadas para su manejo y explotación estén sujetas al estatuto financiero”*

Y siendo lo precedente así, como efectivamente lo es, resulta forzoso arribar al colofón de que es el juez del trabajo el competente para conocer de las controversias que se susciten entre los afiliados y los entes que conforman el sistema general, entre ellos, las compañías aseguradoras, como quedó discurrido.

Pensar diferente sería tanto como desconocer el elemento teleológico o el querer del legislador, dado que con la expedición de la Ley 712 de 2001, y en desarrollo del principio de la unidad de materia, buscó, dada la especialidad del tema, radicar en cabeza de los jueces laborales el conocimiento de dichos conflictos emanados del Sistema General de Seguridad Social Integral.

Esto dijo la Corte Suprema en sentencia de 13 de febrero de 2007, radicación 29.519: *“reiteradamente ha manifestado esta Corporación que la portentosa labor transformadora que llevó los profundos cambios sustantivos en la concepción, definición, naturaleza, cobertura y filosofía de la seguridad social integral que se dejaron anotados fue complementada por el legislador cuando optó por propiciar también cambios significativos en materia procesal, cuya máxima expresión se encuentra en la Ley 712 de 2001 que introdujo la innovación competencial que se anotó líneas arriba, mandato*

normativo que no hace ningún tipo de excepción y que denota más bien el interés de otorgar una competencia integral y omnicomprendensiva y especializar un sector de la jurisdicción ordinaria para conocer de todos los asuntos atinentes a la referida materia, como lo reafirman las demás expresiones utilizadas en la ley, en especial cuando se refiere a que tal competencia no atiende la naturaleza de la entidad demandada ni el carácter de la relación jurídica, o sea que estas cuestiones que antes eran conocidas por diversas jurisdicciones dependiendo del tipo de entidad que causaba el perjuicio (oficial o particular), a partir de la expedición de la ley comentada se unifican en la especialidad laboral de la jurisdicción ordinaria a la cual, para reafirmar lo que viene diciéndose, se le agregó el título <y de la seguridad social>, expresión que no es un simple ornamento retórico sino que refleja fielmente el replanteamiento y los nuevos diseños que se trazaron en este ámbito”.

2º En lo que respecta con las inconformidades en torno a que la condena ordena una obligación solidaria para el pago de la pensión de invalidez y que la póliza no se encontraba vigente, lo que no es acertado en la medida en que *“el seguro previsional es aquel acto de Derecho Comercial, de tener la garantía de completar el capital para reconocer la pensión”* y en cuanto a que *“para la fecha en que se estructuró la invalidez, año 1997, no estaba vigente la póliza, y finalizó de acuerdo al Artículo 1152 del Código de Comercio, en diciembre de 2000, y Artículo 1081 del Código de Comercio, en una demanda notificada el 16 de septiembre de 2003”*, sólo basta agregar, a lo ya consignado en sede casacional, que acreditada la existencia de la póliza de seguro de invalidez y sobrevivientes No. 0209000001 de la Aseguradora de Vida Colseguros S.A., llamada en garantía, habrá de modificarse el fallo de primera instancia en cuanto condenó a ésta última solidariamente al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y, en su lugar, se le condenará como garante, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, a cubrir la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión por invalidez del actor.

La precedente obligación, igualmente dimana de la póliza de seguro de invalidez y sobreviviente No. 0209000001 suscrita entre COLFONDOS S.A. y la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. que textualmente expresa ***“RIESGOS AMPARADOS (...) INVALIDEZ. CORRESPONDIENTE A LA SUMA ADICIONAL”*** (folio 60, cuaderno 1), como del cumplimiento de las exigencias en el *sub iudice* de las condiciones generales.

3º) La sentencia se dictó en abstracto.

Sobre este tópico es suficiente advertir que la decisión del juez de primer grado, como se anotó, se modificará en cuanto condenó a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A. solidariamente al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y, en su lugar, se le condenara, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, a cubrir la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión por invalidez del actor, y en relación a esta condena no es dable pregonar sentencia en abstracto, puesto que para su determinación la sociedad condenada debe aplicar los parámetros establecidos en la ley y en el contrato de seguros, ya que a nadie le está dado desconocer el mandato legal que las ordena, fija su cuantía y forma de liquidación.

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley, CASA PARCIALMENTE la sentencia dictada el 25 de julio de 2006 por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en el proceso que HERNAN DE JESUS RESTREPO RESTREPO le sigue a COMPAÑÍA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS, en el cual fue llamado en garantía la sociedad ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A., en cuanto absolvió a ésta última. No la Casa en lo demás.

En instancia: Modifica el fallo de primera instancia en cuanto condenó a la ASEGURADORA DE VIDA COLSEGUROS S.A solidariamente al reconocimiento y pago de la pensión por invalidez y, en su lugar, se le condena, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 70 y 108 de la Ley 100 de 1993, a cubrir la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de la pensión por invalidez del acto.

Sin costas en el recurso de casación, las de las instancias a cargo de la parte vencida.

Cópiese, notifíquese, publíquese y devuélvase al Tribunal de origen.

ISAURA VARGAS DIAZ

ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON GUSTAVO JOSE GNECCO MENDOZA

EDUARDO LOPEZ VILLEGAS

LUIS JAVIER OSORIO LOPEZ

FRANCISCO JAVIER RICAURTE GOMEZ CAMILO TARQUINO GALLEG0

MARIA ISMENIA GARCIA MENDOZA

Secretaria

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACION LABORAL

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

**Magistradas ponentes: ISAURA VARGAS DIAZ
y ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERON.**

Radicación No. 30.519

**Ref: HERNAN DE JESUS RESTREPO RESTREPO Vs.
COFONDOS S.A.**

Con el respeto acostumbrado, me permito consignar los motivos que me llevan a no compartir el criterio mayoritario adoptado al resolver el cuarto cargo, en cuanto a no estudiar el tema concerniente con los intereses moratorios establecidos en artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que considero que si la demandada solicitó la revocatoria del fallo ya que *"el demandante no reunió los requisitos exigidos"* en la ley, es natural y obvio entender que la inconformidad abarcaba la decisión del *A quo* de condenarlo a pagar los mencionados intereses moratorios, pues sería impensable que de revocarse la decisión en torno a la pensión se mantuviera la de los intereses moratorios.

Por lo anterior, y en lo que atañe con el entendimiento del artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social, me remito a lo expuesto en el salvamento de voto de la sentencia de 23 de mayo de 2006, radicación 26225, criterio que aún mantengo.

Fecha ut supra.

ISAURA VARGAS DIAZ